Dott. Ettore Tenchio

Il coniuge superstite
di fronte ai figli
sotto la potestà dei genitori
nel diritto di famiglia

Tesi di laurea
presentata alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Berna

Relatore: **Prof. Dott. P. Tuor**

TIPOGRAFIA «GRAFICA BELLINZONA S. A.» - BELLINZONA
1939

IL CONIUGE SUPERSTITE

di fronte ai figli
sotto la potestà dei genitori
nel diritto di famiglia

Tesi di laurea
presentata alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Berna
da **Ettore Tenchio** di Verdabbio (Grigioni)
per conseguire il titolo di
Doctor juris utriusque

Relatore: **Prof. Dott. P. Tuor**

TIPOGRAFIA «GRAFICA BELLINZONA S. A.» - BELLINZONA
1939

Die Fakultät hat diese Arbeit am 19. Mai 1938 auf Antrag von Prof. Dr. P. Tuor *als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

AI GENITORI DILETTI

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547622_0022

Dalla pratica e per la pratica è nato questo lavoro.

Il compito proposto è stato di delineare la posizione giuridica del coniuge superstite *nel diritto svizzero di famiglia, di cogliere e di fissare quei critici momenti ove, nella sfera domestica, si tendono impensatamente gli ordinari rapporti personali e patrimoniali.*

Collo studiare analiticamente i vari istituti crediamo, pertanto, di essere arrivati dalla discussione teorica di diritto puro a dei risultati di reale utilità.

Ci siamo posti — specie nel capitolo discusso e controverso delle responsabilità — delle precise domande pratiche. A queste abbiamo dato la nostra risposta; la quale — come tutte le risposte — vale e varrà unicamente in funzione degli argomenti e delle opinioni su cui si fonda.

Ma, anche qui, non sempre basta lo stringente rigore di logica. Il criterio che deve guidare nel ragionamento astratto per giungere a conclusioni concrete deve essere e rimanere, — quando manchi la norma positiva di legge — oggi come sempre informato al grande principio del diritto romano, enunciato da Celso, che definisce : « ius est ars aequi et boni ». *Diritto è arte, cioè l'elaborazione naturale e l'espressione umana di un sentimento sentito e vissuto.*

Nelle questioni piuttosto intricate, ove si presentano difficoltà per realizzare, nella Giustizia, il postulato del unicuique suum, *del dare ad ognuno il suo — appunto perchè difficile in casu stabilire, in modo certo e sicuro, cosa sia il « suum » — l'unica direttiva che abbiamo è il sano criterio giuridico, quale fedele risultante della equità e della morale. Perchè anche il giudizio imperativo che danno i Tribunali, e che dovrebbe essere, in sintesi, l'interpretazione autentica di questa « mens iuris », può avere solo valore* dichiarativo, *in quanto porta ad espressione una norma d'azione che deve essere costantemente conforme alle chiare esigenze del diritto di natura, il quale è immutabile. Una sentenza, anche se munita di*

forza esecutiva, non avrà mai effetti costitutivi di diritto positivo se è contraria alla giustizia e all'equità: ius quia iustum non quia iussum!

Questi furono i principî secondo i quali abbiamo cercato di orientare le argomentazioni, quando c'era mancanza di fonti.

Il nostro scopo è raggiunto se questo studio potrà talvolta offrire, con modestia ma con serietà, qualche buon consiglio o qualche idea chiara al coniuge superstite, alla Autorità di tutela o allo studioso. E' necessario infatti che, anche dopo la morte di un genitore, rimangano ben delimitati e precisati i vari rapporti e ben compresa la base giuridica di quel elemento che forma il nucleo fondamentale della comunità statale: la famiglia.

Il desiderio e la volontà di contribuire, per quanto sta in noi, alla chiarificazione e al rafforzamento dell'istituto famigliare — depositario dei valori più preziosi dell'umana società —, il franco incitamento del ch.mo professor Tuor — cui esprimiamo la nostra viva riconoscenza —, la mancanza quasi assoluta in Isvizzera di particolari dissertazioni del genere, furono l'argomento principe che ci decise a trattare questo tema.

Confidiamo che, almeno per la sincerità degli intendimenti, il lettore scuserà le inevitabili imperfezioni che incontrerà sfogliando.

Ettore Tenchio.

Roveredo, agosto 1938.

INDICE

Pag.

Letteratura 11

Introduzione 13

§ 1. La posizione del coniuge superstite secondo il diritto di famiglia 15

PARTE I.

Diritti e doveri sulla persona dei figli

A) *La potestà dei genitori del coniuge superstite.*

§ 2. In generale 20

1. Evoluzione storica
2. Diritti cantonali
3. Diritti attuali

§ 3. Stato di famiglia e nome 24

1. Cittadinanza
2. Nome
3. Domicilio

§ 4. Mantenimento e istruzione 26

1. L'alinea 1 dell'art. 272
2. L'alinea 2 dell'art. 272

§ 5. Educazione religiosa 29

§ 6. Rappresentanza 31

B) *Il controllo dell'autorità sulla potestà dei genitori.*

§ 7. In generale 33

§ 8. Le disposizioni per la protezione dei figli . . 37

1. Scopo
2. Il ricovero dei figli
3. La privazione della potestà.

PARTE II.

Diritti e doveri sui beni dei figli

A) *I diritti patrimoniali del coniuge superstite.*

§ 9. In generale 44

1. Cenni storici
2. Natura giuridica
3. La sostanza dei figli
   a) Concetto
   b) Beni liberi

Pag.

§ 10. L'amministrazione 54
A. Generalità
B. L'amministrazione del coniuge superstite
1) Legislazioni straniere
2) Diritto svizzero
I. Principii generali
II. Legislazioni cantonali
III. La regolazione nel C. C. S.
a) L'inventario dell'art. 291
b) L'obbligo di comunicare ogni rilevante variazione nel patrimonio
IV. Disposizioni cantonali complementari al C.C.S.
V. Casi speciali
§ 11. Il godimento 85

B) *La protezione degli interessi patrimoniali del figlio.*

§ 12. L'intervento dell'autorità 88
1. Le opportune misure di protezione
a) Sorveglianza come ad un tutore
b) Prestazione di garanzie
b) Nomina di un curatore
2. Privazione dei diritti patrimoniali
§ 13. Privilegio dei diritti del figlio 97
§ 14. La restituzione 98
§ 15. La misura delle responsabilità 100
I. Genitore superstite
a) Principio generale
1. Responsabilità comune
2. Del quasiusufrutto
3. Il valore della stima
4. Criteri della misura
b) Alienazioni in buona fede
c) Spese debite per il figlio
II. Autorità tutoria
Requisiti della responsabilità
1) Danno materiale
2) Nesso causale
3) Azione illecita
4) Colpa
Considerazioni.

LETTERATURA

Bindschedler O. - Die elterlichen Vermögensrechte in rechtsvergleichender Darstellung. Zürich 1914.

Brodtbeck-Daeppen. - Bundesgerichtspraxis zum ZGB. Zürich 1934, und Nachtrag Zürich 1937.

Curti-Forrer. - Schweiz. ZGB mit Erläuterungen 1911 (trad. Colombi).

Delessert A. - La responsabilité des autorités tutélaires en droit suisse. Lausanne 1931.

Egger A. - Kommentar zum schweiz. ZGB. Bd. II: Familienrecht, 1. ediz. Zürich 1911; 2. edizione fino al fascicolo 8 (art. 309) Zürich 1937.

Gautschi W. - Anleitung zur Errichtung von Kindesinventaren nebst Beispielen aus der Praxis. Villmergen 1924.

Gmür M. - Komm. z. schweiz. ZGB: Das Eherecht (2. edizione) Berna.

Grob H. - Das Recht des Kindes auf die Fürsorge der Eltern.

Guhl T. - Das schweiz. OR. (2. edizione I vol.) Zürich 1936.

Hefti H. - Die vormundschaftliche Amtsführung nach ZGB. Bern 1916.

Huber E. - System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes (vol. I), Basel 1886.

Knitschy. - Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach ZGB. Berlin 1899.

Lüscher H. - Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe nach ABG und ZGB. Bern 1918.

Maier E. - L' intervention des autorités de tutelle dans l'exercice de la puissance paternelle. Lausanne 1920.

Müller A. - Die elterliche Gewalt nach dem schweizerischen ZGB. Zürich 1909.

Ott C. - La puissance paternelle du code civil suisse. Neuchâtel 1910.

Planiol-Ripert. - Traité pratique du droit civil français (tome I: Les personnes). Paris 1925.

Rittmeyer O. - Die Schutztendenzen des schweizerischen Vormundschaftsrechtes. Bern 1925.

Rohleder C. F. - Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern im geltenden Recht. Erlangen 1931.

Rossel-Mentha. - Manuel du droit civil suisse (2. edizione), Lausanne 1922. Con Supplément per S.T.F. 1931.

Rothe G. - Die elterliche Gewalt der Mutter nach dem BGB. Berlin 1905.

Silbernagel A.-Wäber. - Kommentar (II vol. 2. parte): Die Verwandschaft. Bern 1927.

Trüb H. - Das Nutzungsrecht des Ehemannes und der Eltern nach dem ZGB. Bern 1915.

Tuor P. - Das schweizerische ZGB. (3. edizione). Zürich 1934.

Widmer H. - Die Anzehrung des Kindesvermögens durch den Inhaber der elterlichen Gewalt nach schweiz. ZGB. Zürich 1922.

Wucher F. - Die Kinderschutzbestimmungen des schweiz. ZGB in personeller und formeller Hinsicht und ihre Verwirklichung im Kanton Zürich. Leipzig 1927.

Ziegler C. - Freies Kindesvermögen nach ZGB. Bern 1919.

Schweizerische Juristenzeitung. Zürich.

Monatschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen. Bern.

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. Bern.

Zeitschrift für schweizerisches Recht (Neue Folge). Basel.

Schweizerisches Zentralblatt für Staats-und Gemeindeverwaltung. Zürich.

Testo ufficiale delle leggi e dei lavori preparatori.

Sentenze del Tribunale federale svizzero (Raccolta Ufficiale). Losanna.

Die Praxis des Bundesgerichtes. Basel.

ABBREVIAZIONI

C.C.S. (Z.G.B.)	=	Codice civile svizzero.
C. O. (O. R.)	=	Codice federale delle obbligazioni.
B. G. B.	=	Bürgerliches Gesetzbuch.
C. c. fr.	=	Code civil français.
C. c. it.	=	Codice civile italiano.
S. J. Z.	=	Schweizerische Juristenzeitung (Vol. e pag.).
S. T. F.	=	Sentenza del Tribunale federale (Vol., parte, pag.).
L. E. F.	=	Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento.
Boll. Sten.	=	Bollettino stenografico delle Camere federali.
L. F.	=	Legge federale.
Trib. fed.	=	Tribunale federale svizzero.

INTRODUZIONE

La tendenza individualistica delle correnti etico sociali degli ultimi secoli ha fatto sì che la posizione del figlio di fronte ai genitori diventasse più libera. La persona del figlio è messa in primo piano, e il suo bisogno d'aiuto viene fatto oggetto generale di norme giuridiche.

Il concetto di patria potestà del diritto romano e del vecchio diritto germanico, i quali vedevano in esso solo un rapporto di dominio e di autorità, si muta profondamente e prende nei nuovi diritti il carattere di un potere di protezione e di tutela.

Il C. C. S. designa la potestà dei genitori come un insieme di diritti i quali però d'altra parte si presentano come doveri. Il diritto di famiglia svizzero regola i rapporti tra genitori e i figli in un modo tutto particolare. Potestà dei genitori in senso largo comprende i diritti e i doveri dei genitori sulla persona e sui beni dei figli minorenni o interdetti loro sottoposti; il C. C. S. tratta invece solo i rapporti giuridici personali come oggetto proprio della potestà dei genitori (5. Cap. del 7. Titolo), basandosi sul fatto che queste relazioni personali esistono in ogni caso di rapporti normali tra genitori e figli. I diritti patrimoniali invece, che vengono più raramente esercitati, sono ben distinti dalla regolazione della potestà dei genitori e trattati in un capitolo (6.) a parte — « Dei diritti sui beni dei figli » — come diritti accessori alla potestà.

Siccome l'esistenza della potestà dei genitori è presupposto e condizione per questi diritti patrimoniali dei genitori, riteniamo giusta la critica di Ott [1]) che afferma essere più semplice e logico trattare i diritti patrimoniali come attributo esclusivo della potestà in uno stesso capitolo e marcare poi, in due sottocapitoli, la distinzione tra diritti e doveri sulla persona e sui beni dei figli.

Il nostro codice se però con questo dà luogo a ciò che si potrà chiamare imperfezione sistematica, ne trae d'altra parte immediati vantaggi, specialmente di fronte al B.G.B.

---

[1]) Ott pag. 19.

e al C.c.fr., per la chiara e precisa distinzione che traccia tra le relazioni personali e patrimoniali di genitori e figli. Seguendo la legge noi pure svolgeremo il nostro tema, in queste due parti costitutive.

Per rendere la trattazione per quanto possibile chiara e completa, abbiamo creduto bene di dare un cenno sulla evoluzione storica e le principali regole corrispondenti sopratutto del B.G.B., del C.c.fr., del C.c.it. e delle antiche legislazioni cantonali, all' inizio dello studio particolare dei singoli istituti.

Quelle disposizioni del codice civile sulle relazioni personali e patrimoniali coi figli, comuni per il padre e la madre, non formano l'oggetto proprio del nostro lavoro, ma non potremo però esentarci dall'accennarli brevemente. Non si potrà, per motivi evidenti, entrare nei particolari dei diversi istituti, ci si limiterà per contro a presupporre o a rimandare ad altri lavori sui singoli casi. Neppure si tratterà di stabilire i rapporti di potestà tra il padre e la madre, ma solo dello stato, della posizione giuridica di colui che è sopravvissuto all'altro. Questo faremo in via analitica studiando singolarmente, nelle due parti del lavoro, le varie attribuzioni del coniuge superstite sulla persona e sui beni dei figli.

§ 1. LA POSIZIONE GIURIDICA DEL CONIUGE SUPERSTITE SECONDO IL DIRITTO DI FAMIGLIA

1. Mentre lo stato del coniuge superstite nel diritto successorio è già stato ampiamente ed esaurientemente trattato in diversi studi dottrinali, lo stato dello stesso nel diritto di famiglia non fu ancora in Isvizzera trattato con una esposizione sistematica completa. L'intero problema rimane pertanto un problema pratico di primo piano e di enorme importanza. Se si pensa infatti a quel grande numero di famiglie che viene anzitempo orbato da uno dei genitori, è logico che ci si domandi in quale stato verranno poi a trovarsi i figli divenuti per lo più, per via d'eredità del genitore morto, possidenti e quali siano i loro rapporti col genitore vivente.

Mentre altre legislazioni, come vedremo più in esteso altrove, dispongono nel caso di decesso del padre o della madre in numerosi e precisi articoli, il C. C. S. è oltremodo ristretto in questo campo. Infatti solo il principio dell'alinea 3 dell'art. 274 dispone che « in caso di morte di uno dei coniugi la potestà compete al superstite » e l'Art. 291 che prevede un inventario privato e periodico rendiconto nel caso in cui è « sciolto il matrimonio ».

Il legislatore vuole regolare la materia per analogia. Il C. C. S. infatti con l'Art. 274, al. 3 vuole statuire il principio fondamentale nella comunione dei figli coi genitori della *uguaglianza del padre e della madre davanti alla legge*. Il padre, che nella storia e che in molte legislazioni come meglio rivedremo nella trattazione specifica, godeva dei diritti privilegiati, di una posizione di favore nettamente superiore alla madre, viene dal C.C.S. per principio messo colla madre sullo stesso gradino, allo stesso livello giuridico di doveri e di diritti.

Scompare nella nostra legge l'antica concezione della incapacità della donna ad amministrare un patrimonio, cade l'antica « fragilitas sexus » femminile che, a dire di B. Kohler, « si basa per lo più su immaginazione o sentenze tradizionali » [1]. Oggi infatti la sfera d'influenza della donna,

[1]) Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages 2 S. 227.

la sua attività spirituale e pratica hanno assunto uno sviluppo sconosciuto agli altri secoli; in molte arti, professioni o mestieri essa manifesta qualità commerciali pari all'uomo, ed è certamente un fatto positivo che la donna oggi ha in media conoscenze commerciali ed attitudini economiche tali da poterle affidare con tranquillità patrimoni anche considerevoli.

Lasciatosi guidare da queste considerazioni il nostro codice conclude con coerenza che sarebbe assurdo radunare solo nelle mani del padre tutti i diritti della potestà : con ciò la patria potestà si cambia in potestà dei genitori [2]).

Il B.G.B. pure adottando per principio la potestà dei genitori l'ha circoscritta di tali e tante limitazioni che la importanza pratica dell' innovazione quasi scompare dietro quella teoretica. A ragione Kuhlenbeck [3]) chiama questa regolazione « un compromesso tra il sistema della patria potestà e di una potestà dei genitori nel vero senso della parola ».

2. Stabilito il principio dell'uguaglianza di fronte alla legge dei due coniugi in vita, il C. C. S. lo accetta con tutte le sue conseguenze anche nel caso che, per la mancanza del padre o della madre, uno solo dei due rimane coi figli. E così le facoltà che prima appartenevano ai due, passano, si concentrano, accrescono in uno solo : il coniuge superstite. Non si può infatti parlare p. es. di un passaggio della potestà alla madre che sarebbe inesatto, in quanto la madre acquista la potestà non come derivata ma per pieno diritto proprio.

A questo punto il codice si lascia guidare da una nuova considerazione essenzialmente economica e sociale : se ora la facoltà di disporre sulla persona e sui beni dei figli spetta *ad uno solo,* essendo sciolta l'unione coniugale, i genitori non possono più consigliarsi vicendevolmente, non possono più aiutarsi l'uno a riparare gli sbagli e le negli-

---

[2]) Esposizione dei motivi pag. 87: « L'antica soggezione dell'individuo non può essere mantenuta nello stato attuale di progresso economico, dati i molteplici interessi che ne dipendono. Da più di un secolo il mondo assiste ad un movimento graduale d'emancipazione, nel quale si possono distinguere due tendenze: l'una consiste a procurare una situazione più indipendente ai figli, che non sono più considerati esclusivamente come creature attaccate alla casa, ma che devono semplicemente essere sottomessi alla autorità domestica durante la loro minore età; l'altra tende all'uguaglianza per i due sessi, aspira al riconoscimento dell'individualità femminile e non ammette più alcuna differenza di trattamento per ragione del sesso ».

[3]) Von den Pandekten zum B.G.B., Dritter Teil § 37.

genze dell'altro o evitare gli abusi che l'altro potrebbe commettere. Non c'è più dunque quel controllo naturale dell'uno sull'altro che esisteva durante il matrimonio, è presente perciò l'eventualità di un possibile pericolo per i figli : allora la legge per la loro protezione attira con molta prudenza e morbidezza un controllo statale coll'aiuto dell'autorità tutoria. Molto prudentemente: perchè infatti in tutto il diritto di famiglia emerge la precisa volontà del legislatore di non volersi intromettere, di non imporre coercizioni o controlli nell'intima sfera della famiglia che, santificata dal vincolo del matrimonio e dalla manifestazione degli affetti umani più profondi, vuole essere essenzialmente regolata dai principî della religione e della morale. E' da quest'altro basilare principio che dovremo poi lasciarci guidare nell'interpretazione dei vari istituti. In ciò sta appunto la chiara distinzione che la legge fa tra la potestà dei genitori e quella tutoria. Se ed in quanto questa facoltà del coniuge superstite può venire esercitata è quello che ci accingiamo a trattare. Nel campo strettamente famigliare dobbiamo ricercare la vera natura del problema e approfondire le indagini, non prescindendo, almeno nelle generalità, dalle varie attuazioni storiche e dalle eventuali interferenze coi diritti stranieri.

3. I casi in cui la potestà dei genitori viene esercitata da un solo coniuge vengono dall'Art. 291 determinati nel fatto dello scioglimento del matrimonio. Ora il vincolo matrimoniale viene sciolto per divorzio, per dichiarazione di nullità, per morte. Ed agli effetti di morte entra qui pure in considerazione la dichiarazione di scomparsa.

Trattando limitatamente la posizione del coniuge superstite, divorzio e nullità sono esclusi. Entrano in linea di conto nel nostro lavoro solo i due ultimi casi di scioglimento vale a dire : 1. morte di uno dei coniugi, ossia cessazione della vita naturale e con essa della facoltà dell'individuo di essere soggetto di diritto; 2. la dichiarazione di scomparsa (Art. 35 C. C. S.).

Il C. C. S. non accetta la teoria tedesca della presunzione di vita, con una dichiarazione di morte avente effetti ex nunc, esso si appoggia piuttosto alla teoria vigente in Francia, più semplice, logica, della dichiarazione di scomparsa: déclaration d'absence. Secondo questo sistema, verificati certi presupposti giuridici stabiliti, si concede una presunzione di morte dopo un determinato procedimento. La legge accetta poi la dichiarazione di scomparsa, debitamente pubblicata, come tale, con tutte le conseguenze della morte, a partire non dal giorno artificialmente stabilito per

la dichiarazione di scomparsa (ex nunc), ma facendo risalire tali effetti al momento del pericolo di morte o dell'ultima notizia: ex tunc (C. C. S. art. 35-38) [4]).

Un individuo per il quale è stata emessa una tale dichiarazione di scomparsa, anche se ancora vivente, viene considerato *come se* fosse morto, riservati alcuni provvedimenti assicurativi per i primi anni della scomparsa.

Qui subentra una importante particolarità: secondo l'art. 102 C. C. S., il matrimonio non viene sciolto per il semplice fatto della dichiarazione di scomparsa. Questa dichiarazione si basa su di una presunzione di morte, verificatisi in un dato momento certi fatti giuridici. La dichiarazione di scomparsa non è altro che il riconoscimento giudiziario dell'esistenza delle premesse per una presunzione di morte. Con ciò viene solo presunta la morte di un coniuge, e solo presunto lo scioglimento del matrimonio per morte. Il matrimonio esistente collo scomparso non viene sciolto con l'altro coniuge eo ipso, per la semplice dichiarazione di scomparsa, ma sussiste giuridicamente fino alla sentenza di scioglimento del giudice, chiesta dall'altro coniuge o assieme alla dichiarazione di scomparsa o con separato giudizio (C. C. S. 108).

Questa sentenza è un atto di giurisdizione volontaria seguente una domanda unilaterale e dà come conseguenza lo scioglimento materiale definitivo del matrimonio. I riflessi di questa costruzione giuridica potrebbero evidentemente avere un significato tutto speciale. Indubbiamente però lo spirito della legge richiede che il coniuge rimasto abbia ad essere trattato, avere cioè gli stessi diritti e gli stessi doveri del coniuge *superstite*. Gli effetti per il coniuge dichiarato scomparso sono la perdita della potestà dei genitori e con essa dei diritti patrimoniali sui figli.

Delineata in grandi tratti la figura del coniuge superstite nel diritto famigliare svizzero, passiamo ora ad esaminare la sua posizione giuridica particolare nei vari istituti. Si tratteranno brevemente le sue attribuzioni sulla persona dei figli e più a lungo le parti, più interessanti, della potestà

---

[4]) Nel prospetto definitivo del 1° libro (sulle persone) del nuovo Codice civile italiano c'è una nuova aggiunta: mentre nel codice vigente e nel 1° prospetto si parla piuttosto di assenti, il prospetto definitivo parla pure nel IV. Titolo della assenza e della dichiarazione di morte presunta.

patrimoniale. La sua responsabilità di fronte ai figli nella amministrazione e nel godimento dei loro beni, specialmente l'*Art. 291 C.C.S.* saranno oggetto di particolare indagine. L'ordinario andamento delle relazioni tra coniuge superstite e figli sotto la potestà dei genitori è regolato dalla legge. La situazione patrimoniale può essere però radicalmente diversa a seconda che dopo la morte di un genitore si proceda alla divisione dei beni o si viva nella indivisione. Per contratto poi i rapporti patrimoniali possono dar luogo, a seconda del regime dei beni che vigeva durante il matrimonio, a comunione prorogata o indivisione (di diritto di famiglia). Queste forme straordinarie, di gran lunga di minor importanza di quella regolare, lasciano intatte le relazioni personali e modificano invece quelle patrimoniali.

Riteniamo bene accentuare sin d'ora il fatto che si tratterà in parte di un campo del diritto assai controverso e nella dottrina e nella pratica; dovremo al riguardo seguire la scarsa giudicatura. L'ultima parola l'avranno sempre i tribunali, nonostante tutte le tendenze e opinioni diverse.

PARTE I.

Diritti e doveri sulla persona dei figli

A) - *La potestà dei genitori del coniuge superstite*

§ 2. IN GENERALE

1. Evoluzione storica

Le relazioni tra genitori e figli hanno presentato nella vita giuridica dei popoli delle profonde modificazioni. Esse furono diversamente regolate nelle varie epoche a seconda del loro stato e della loro coltura. Il diritto romano più antico dava al padre colla *patria potestas* un potere di assoluto dominio, un diritto di vita e di morte sul figlio. Il padre poteva disporre sulla persona, sul patrimonio e sul guadagno del figlio. A poco a poco questo potere del padre si affievolisce : con la emancipazione del figlio gli viene tolto il diritto di morte e gli viene invece lasciato un determinato ed adeguato diritto di correzione; il figlio diventa poi capace di possedere il patrimonio.

Anche il diritto tedesco più antico dava al padre un diritto di vita e di morte sul figlio nell'esclusivo interesse del detentore della potestà Qui pure sotto l'influenza della morale e del diritto il figlio acquista una personalità e capacità propria. Il *mundium* del padre si trasforma in una relazione di potere e di protezione, di cura del padre sul figlio (potestas et defensio). Per questo già nelle fonti medioevali del diritto il padre viene designato come tutore del figlio, sopratutto con l'abbandono del figlio della casa paterna. Questa concezione di potestà, non più così assoluta come nel diritto romano, domina pure il diritto comune. L'essenza della potestà risiede nella cura e nella rappresentanza del figlio minorenne, già ormai capace di possedere, e nell'amministrazione e godimento dei suoi beni.

La madre non partecipa a questo potere paterno : il diritto romano rimane in ciò rigido fino alla fine. Il diritto germanico dà invece alla madre un diritto, o meglio un dovere di educazione dei figli di cui è compartecipe col padre;

il diritto comune vi aggiunge il dovere agli alimenti. La posizione della madre viene sempre più migliorata. Ma il tratto caratteristico di distinzione nella evoluzione solita dei due diritti, romano e germanico, sta nel fatto che il diritto germanico dà allo Stato quei poteri di cui aveva diminuito la potestà, con un diritto di vigilanza contro abusi dell'esercizio della potestà da parte dei genitori.

Le legislazioni moderne hanno basato il loro sviluppo sul diritto comune, sopratutto per quanto riguarda la partecipazione giuridica della madre alla potestà: essa acquista a poco a poco di fronte ai figli gli stessi diritti, o quasi, come il padre. La potestà patria si trasforma in potestà dei genitori.

2. Diritti cantonali

I diritti cantonali non presentano delle differenze profonde nella determinazione materiale del contenuto delle relazioni tra genitori e figli; sono varie invece le differenze di forma.

Di fronte all'interesse del padre s'afferma sempre più potentemente l'interesse del figlio e il suo assoluto bisogno di protezione. La posizione della madre pure si avvicina e, in certi Cantoni, si identifica con quella del padre. Le definizioni della potestà sono piuttosto diverse nei vari cantoni: patria potestà, tutela paterna, potestà dei genitori (gruppo dei Cantoni bernesi).

L'antico principio egoistico nell'esercizio della potestà non è ancora del tutto scomparso e perciò sempre con maggior forza si fa valere l'opera dello Stato di vigilanza e di controllo nell'interesse dei figli.

La madre partecipa in ogni legislazione al diritto di educazione dei figli: maggiori diritti non le vengono però concessi specialmente nella Svizzera Centrale e Zurigo. Alla morte del padre essa non poteva divenire tutrice del figlio, nè tanto meno la potestà passava su di lei. Questo invece prevedevano altri Cantoni: Turgovia e Cantoni romandi. I diritti dei Cantoni francesi intanto riconoscevano una uguaglianza della madre col padre, in quanto alla morte dell'uno dei coniugi l'altro diventava, per principio, tutore sui figli. Solo pochi diritti andavano più in là di ciò e riconoscevano al sopravvivere della madre una potestà dei genitori alla stessa. Questo venne sopratutto limitato colla nomina di un curatore o simili (Huber I 432 seg.).

I diritti e doveri tra genitori e figli, come relazione essenzialmente basata su principî di natura morale, erano nei vari Cantoni regolati in modo molto consimile.

3. Diritti attuali

Mentre il padre, nel diritto romano e germanico, era nell'esercizio della sua potestà senza limiti e senza controllo, e questo suo potere si riduceva in fondo ad un diritto tutto in suo favore, a cui corrispondeva l'unico nudo dovere agli alimenti dei figli, questa sua posizione assoluta subisce colla diffusione del Cristianesimo nel mondo culturale, una modificazione essenziale: esso viene lentamente limitato e circoscritto colla affermazione del concetto della cura e della protezione dei figli come obbligo morale, che si trasforma poco a poco ovunque in dovere giuridico.

Il principio autoritario di relazione paterna, costruito secondo la organizzazione della società d'allora sul legame della famiglia agnata nel diritto romano, o sulla Sippe del diritto tedesco, col sorgere della concezione nuova di Stato e dei suoi compiti, viene sorpassato ed attenuato in favore della moglie e dei figli. La patria potestà assoluta cede alla potestà dello Stato parte dei suoi attributi.

Decisivo per lo Stato moderno è l'interesse al bene comune sia del singolo che della comunità famigliare o statale; e in questa nuova concezione sta il fondamento di tutte quante le norme di legge che regolano l'istituto.

Il C. C. S. costruisce negli Art. 273-289 la potestà dei genitori su questo principio giuridico. Esso non dà alcuna definizione; statuisce la norma che i figli finchè minorenni sono sotto la potestà dei genitori ai quali non possono essere tolti senza causa legittima. Anche la maggior parte dei diritti cantonali erano muti su questo punto. Solo i Cantoni del Gruppo Bernese che seguivano il G. B. austriaco descrivevano questa potestà: il C. G. B. bernese diceva nella Satz. 153 che la potestà dei genitori è formata da « i diritti i quali competono ai genitori per metterli in grado di adempiere i loro doveri verso i figli » [1]).

Questa frase che possiamo chiamare bella definizione della potestà, dà una chiara idea del come il principio del dovere nei rapporti tra genitore e figli venga sempre più in forte risalto e messo come scopo precipuo. Il C. C. S. intende pure sotto potestà il principio della cura e della protezione dei figli minorenni in due sensi: cura della persona e cura del patrimonio [2]).

---

[1]) id. id. Soletta C.G.B. § 146.

[2]) Rossel e Mentha, pag. 348: la potestà dei genitori è l'insieme dei diritti e dei doveri che i genitori hanno relativamente ai beni e alla persona dei loro figli, fino alla maggiore età o emancipazione di questi.

Se la potestà dei genitori, secondo la concezione moderna, si è, così, avvicinata alla cerchia di attività del tutore, tuttavia tra potestà dei geniori e potestà tutoria esistono delle differenze essenziali, le quali sono fondate sulla diversità delle relazioni di fatto esistenti, e corrispondono al sentire dominante generale che percepisce come ingiusto ed indegno l'abbassare la potestà dei genitori, che si fonda su di una relazione data e voluta dalla natura, al livello della potestà tutoria, opera artificiale e non sempre la più appropriata. Gli elementi determinanti la differenza tra le relazioni dei figli col genitore o col tutore sono la maggiore libertà d'azione, causa la minore vigilanza della autorità tutoria, ed il diritto al godimento dei beni dei figli. Giustamente osserva Egger che l'uguaglianza legale dei due genitori non è sulla base del diritto di tutela ma è nella loro autonomia, per cui ad uno solo di loro che è detentore della potestà, essa spetta nella sua pienezza [3]).

Il caso normale del rapporto tra padre e madre come detentori della potestà dei genitori è quello dell'uguaglianza di diritto e di fatto dei due coniugi di fronte ai figli. Per avere però una direzione ed un ordine unico nella comunità famigliare tra genitori e figli, la legge fa un'eccezione che si presenta come una particolarità dell'istituto in certi casi stabiliti. Se esiste diversità d'opinione fra i due coniugi è decisiva la volontà del padre (Art. 274, 2). Questa disposizione non deve però essere presa come forse una voluta restrizione della autorità della madre di fronte a quella del padre; il legislatore svizzero ha concesso qui uno strappo alla regola generale solo in vista del superiore benessere famigliare.

Il principio dell'uguaglianza legale dei due coniugi viene però rigidamente mantenuto, come nessun codice prima osò fare. Il B. G. B. regola questi rapporti in modo un po' diverso: i due genitori hanno per competenza la potestà dei genitori; mentre però il padre è autorizzato ad esercitare la potestà nella sua piena estensione, non spetta alla madre, durante la vita del padre, per principio, esercizio intero della sua potestà ma solamente parziale: dopo la morte del padre essa acquista la potestà in tutta la sua estensione (§ 1684 seg.) [4]). Nel C. C. S. con la morte di uno dei coniugi l'efficacia della potestà del coniuge superstite non viene toccata: egli diventa ipso jure unico ed

---

[3]) Komm. 2. Auflage 7. Lieferung pag. 66.
[4]) Rothe, pag. 12.

assoluto autorizzato ed obbligato a detenere l'esercizio della potestà dei genitori [5]).

Diversamente nel C. c. fr. dove la morte di uno dei coniugi determina per legge la tutela del superstite sui figli (Art. 390) eppure nel B.G.B., ove il padre, con atto di ultima volontà, può, in forza della sua potestà, ordinare la nomina di un curatore alla madre dopo la sua morte (§§ 1687 ff. - 1777).

Il C. c. it. (Art. 220 al. 3 e 4) regola questo istituto disponendo che durante il matrimonio la potestà è esercitata dal padre, e se egli non possa esercitarla dalla madre. L'al. 4 prescrive che sciolto il matrimonio la patria potestà viene esercitata dal genitore superstite.

Il vincolo famigliare può dare origine a diritti patrimoniali ma nella sua essenza rimane esclusivamente personale. Come abbiamo già accennato le norme giuridiche in questo campo non hanno altro valore che quello di portare ad espressione l'essenza morale del rapporto.

La legge stabilisce espressamente alcuni comandamenti morali di valore generale tra genitori e figli, che hanno i loro riflessi tra coniuge superstite e figli : che si devono vicendevolmente l'assistenza e i riguardi che il bene della comunione richiede (Art. 271). Alla morte di uno dei genitori questo articolo mantiene il suo significato e si rafforza di valore.

Analoghe disposizioni prevede il C. c. fr. (Art. 371): il figlio deve onore e rispetto a suo padre ed a sua madre, eppure il C. c. it. (Art. 220 al. 1): il figlio, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori.

§ 3. STATO DI FAMIGLIA E NOME

1. Cittadinanza

L'art. 270 prescrive che i figli legittimi assumono il cognome e la cittadinanza del padre. Come emanazione diretta della potestà e della naturale dipendenza del figlio dal padre, quello ne prende la medesima cittadinanza, il medesimo luogo d'attinenza. Il diritto di cittadinanza svizzero, concesso al padre si estende alla moglie e ai figli

---

[5]) « La potestà dei genitori in caso di morte di un coniuge appartiene esclusivamente al superstite. I figli non possono essere sottratti al genitore che esercita la potestà senza il suo consenso » (Argauer Ob. Ger. S.J.Z. 18. 126).

che sono sotto la potestà secondo il diritto dello Stato di cui furono fino allora cittadini, in quanto non venne fatta una speciale eccezione. Parimenti il nome di famiglia del padre (cognome, parentela) viene dal figlio legittimo acquistato dal fatto della nascita ipso jure.

La posizione del còniuge superstite va qui considerata distintamente : a) Il padre è superstite : i figli sotto la potestà mantengono il cognome del padre, se al padre viene concesso dall'autorità un cambiamento di nome in base all'Art. 30 C. C. S. il figlio pure lo cambia e acquista quello nuovo del padre; i figli seguono la sua cittadinanza. Così se il padre rinuncia alla cittadinanza svizzera secondo le debite forme, e ne acquista una straniera, i figli, in quanto non vennero fatte delle speciali eccezioni, acquistano pure la nuova cittadinanza paterna [1]); b) La madre è superstite: se il figlio nasce dopo la morte del padre è da ritenersi legittimo [2]), esso acquista di pieno diritto il cognome del padre e la sua cittadinanza. Un eventuale cambiamento di posizione giuridica della vedova non produce modificazioni su questo stato. Se p. es. la madre passa a nuove nozze essa cambia la cittadinanza e segue quella del nuovo marito, e così pure il cognome: i figli invece non cambiano cittadinanza nè tanto meno cognome, essi mantengono lo stato loro conferito dal padre legittimo [3]).

2. Nome

L'al. 3 dell'Art. 275 stabilisce espressamente il diritto e il dovere dei genitori di dare al figlio un nome proprio.

Secondo la dottrina dominante il diritto del nome è un diritto assoluto della personalità, dell'individuo perciò oggetto essenziale di trattazione e di protezione del diritto privato. Esso rientra come un dovere nella cura della persona dei figli, e non dovrà per questo essere tale da offen-

---

[1]) Cfr. Art. 9 al. 3 L. F. sull'acquisto e rinuncia della cittadinanza svizzera del 25 giugno 1903.

[2]) Nato nel termine di trecento giorni dopo la morte del padre (Art. 252), è questo il tempo massimo di gravidanza, per cui si può far risalire al padre defunto la presunzione dei giorni del concepimento: Pater est quem nuptiae demonstrant.

[3]) Cfr. Im Hof: Die Erteilung des schweizerischen Bürgerrechtes an Ausländer nach dem B.G. vom 1876, pag. 156. Restano riservate le norme dell'art. 10 leg. cit. del 25. 6. 1903.

dere apertamente gli interessi del figlio o di terzi [4]). Alla madre superstite competerà unicamente il diritto di dare il nome al figlio che nasce dopo la morte del padre.

3. Domicilio

I figli sotto la potestà hanno il domicilio legale al luogo di domicilio del detentore della potestà (Art. 25), il quale può stabilire una residenza di fatto transitoria al figlio. Egli è autorizzato ad avere il figlio con sè, a propria disposizione, per cui potrà sempre richiederlo a colui che lo trattiene senza una causa legittima.

Alla morte di uno dei coniugi il superstite acquista queste attribuzioni e la sua volontà è l'unica decisiva in merito al domicilio e alla residenza dei figli.

§ 4. MANTENIMENTO E ISTRUZIONE

1. L'Art. 272 stabilisce che i genitori sopportano le spese del mantenimento e dell'educazione dei figli.

Il peso di questo grave dovere cade alla morte di uno dei genitori completamente a carico del superstite. Egli, come unico detentore della potestà, deve curare il mantenimento dei figli fintanto che l'uso, fondato sulle loro condizioni di vita o secondo le loro possibilità fisiche o spirituali, non lascia presupporre che da soli possano procacciarsi il loro sostentamento; questo perdurerà fino che la loro educazione sia finita.

Il mantenimento del figlio deve essere conformato al suo « stato » sociale. Questo stato viene anzitutto determinato dalla professione, dalla posizione nella società, dal patrimonio del genitore.

Il contenuto di questo dovere si divide in: 1. mantenimento fisico, cura corporale: ossia tutto ciò che una persona ha di immediato bisogno per la propria esistenza (alimenti, vestiti, abitazione, cure mediche, sport, lusso); 2. Cura dello sviluppo intellettuale e culturale del figlio: istruzione ed educazione, secondo le possibilità finanziarie della famiglia e badando sopratutto all'interesse futuro del figlio.

Il C. C. S. coordina i due concetti di mantenimento e di educazione, per cui il figlio potrà richiedere oltre al semplice mantenimento, quella cultura generale, economica

---

[4]) Ordinanza sul servizio di stato civile del 18 maggio 1928, art 69, 2.

scientifica artistica, necessaria alle sue condizioni di vita. Entra qui pure in linea di conto l'istruzione professionale. Il genitore è libero nella scelta, deve però aver riguardo alle attitudini intellettuali e alla inclinazione del figlio. Grob afferma: I genitori devono curare di mantenere e sviluppare le forze e le attitudini del figlio così da accontentare nel miglior modo possibile il bisogno che egli ha di uno sviluppo completo, armonico e multiforme così da metterlo all'altezza di tutte le esigenze che la vita pone nell'umana società [1]). Al genitore incombe il dovere di fare, in quanto è possibile, del suo figlio un uomo fisicamente, intellettualmente e moralmente capace di crearsi poi un'onorata esistenza.

La legge impone al genitore l'obbligo speciale di dare ai figli infermi di corpo o di mente un'istruzione appropriata [2]). Per l'osservanza di questa norma sociale e umanitaria l'autorità tutoria ha una responsabilità d'intervento non solo morale ma giuridica.

L'Art. 272 non comprende la responsabilità del genitore per i debiti del figlio: eccettuati i debiti che il figlio dovette fare perchè il genitore non ha adempiuto il dovere di mantenimento. Dei debiti che il figlio contrae per sè stesso, con una autorizzazione valida, diventa personalmente responsabile col suo patrimonio, e i diritti dei creditori precedono quelli del genitore.

Il diritto dei figli ad esigere dai genitori il mantenimento trova la sua profonda radice nella comunione dei genitori coi figli. Esso è perciò indipendente dalla potestà dei genitori, non è un semplice correlato dei diritti patrimoniali sui beni dei figli, e può sussistere anche se quelli furono tolti per privazione della potestà (jus naturale dei Romani).

2. Le spese per il mantenimento e l'educazione dei figli vengono sopperite col patrimonio dei genitori, ma in prima linea col prodotto della sostanza dei figli (Art. 293) e col reddito del loro lavoro (Art. 295, 1). Se queste entrate non sono sufficienti l'Art. 272, 2 conferisce, dietro determinate condizioni, il diritto di fare dei prelevamenti sulla sostanza dei figli.

Vogliamo precisare più finemente questa particolarità, perchè costituisce un diritto che assume un valore e una importanza speciale nel caso del coniuge superstite.

---

[1]) Grob: Das Recht des Kindes auf die Fürsorge der Eltern (Zch. 1912) pag. 21.

[2]) Dovuta ad un postulato del comitato centrale della società svizzera dei ciechi.

Il diritto di usare della sostanza dei figli per far fronte alle spese di mantenimento e di educazione, date certe condizioni, in determinati casi era riconosciuto anche in diverse legislazioni cantonali. Il presupposto per la manomissione della sostanza era ovunque dato quando i redditi patrimoniali del figlio non erano sufficienti e i genitori non potevano, da soli, sopportare tutte le spese. Decisivo non era però solo l'interesse del figlio, ma la manomissione era giustificata moralmente se avveniva per « il bisogno della famiglia » [3]). Alcuni Cantoni richiedevano inoltre una approvazione dell'Autorità tutoria.

Il C. c. fr. non stabilisce alcun presupposto legale speciale per l'impiego della sostanza dei figli da parte dei genitori. Tale possibilità si lascia però facilmente dedurre dalle facoltà amministrative generali che competono al detentore della potestà. La sua responsabilità per omnis culpa servirà per misurare come deve rispondere in caso di una azione inconsiderata.

Il B.G.B. (§§ 1602, 1603) considera il dovere di mantenimento come un derivato dalla parentela tra genitori e figli. La responsabilità non è giudicata molto severamente: il principio è la diligentia quam in suis rebus. Esso non richiede pure nessuna approvazione di una autorità di tutela.

Il C. C. S. sancisce il diritto ad un eventuale prelevamento sulla sostanza dei figli, ma lo circoscrive da tutte le cautele dettate dalla cura nell' interesse del figlio. Le condizioni stabilite sono di ordine materiale e formale:

a) *Materiale.* - Il genitore deve avere usato e trovato insufficiente l'entrata dovuta al prodotto della sostanza e del lavoro del figlio. Se essa non è da sola sufficiente subentra il vero e proprio dovere del genitore di sopportare lui stesso, coi propri beni, le spese di mantenimento e di educazione. Tenendo conto di questo dovere il legislatore autorizza, in alcuni casi, una rilevante eccezione alla regola dell'intangibilità del patrimonio personale dei figli. Questo si verifica quando il genitore versi nel bisogno, in ogni caso cioè in cui egli si trovi effettivamente nella precaria situazione di non poter solo col proprio patrimonio e col reddito normale sopperire alle spese di mantenimento [4]).

---

[3]) Cfr. Huber, I. pag. 429, segg.

[4]) Cfr. relazione Huber al Nazionale in Boll. Sten. XV, pag. 741 seg. e pure Widmer pag. 25.

La legge accenna inoltre a due altri casi: quello di spese straordinarie [5]), per fronteggiare le quali il genitore non era preparato, p. es. lunghi studi, malattia lunga di un figlio; e da ultimo quello di circostanze eccezionali (caso p. es. di numerosa figliuolanza).

b) *Formale.* - L'autorizzazione dell'autorità tutoria. L'autorità tutoria deve provare la reale esistenza di qualcuna delle cause materiali suaccennate, giudicando su ciò secondo i suoi poteri discrezionali; fondandosi su questo risultato darà la sua autorizzazione, stabilirà l'importo massimo, una volta tanto o periodico, da prelevarsi sulla sostanza dei figli. E' questo un requisito di forma essenziale perchè il genitore non sia tenuto al termine della sua amministrazione al risarcimento degli importi (Art. 300, 1). Questo dispositivo di legge serve sopratutto quando si tratterà di stabilire se esiste una colpa o meno da parte del coniuge superstite: dal solo fatto della non richiesta approvazione dell'autorità tutoria sorge la prova chiara della presenza di colpa, in quanto appunto il coniuge superstite non si è lasciato condurre nel suo agire da quelle norme che regolano il contegno di un buon padre di famiglia, mancando con ciò ad un dovere a lui espressamente imposto da norma positiva di legge; la sua responsabilità sarà poi facilmente stabilita.

La mancanza di tale approvazione potrà, al caso, costituire una grave mancanza, una lesione di diritto, e l'autorità potrà essere autorizzata a chiedere l'immediata restituzione del prelevamento patrimoniale e, in casi particolarmente gravi, la privazione della potestà dei genitori, oppure l'applicazione delle disposizioni dell'art. 297, 2.

§ 5. EDUCAZIONE RELIGIOSA

Vale come insegnamento religioso quello che ha come oggetto la relazione degli uomini con Dio [1]). L'insegnamento in sè è l'istruzione conformata al grado di intelligenza di un individuo, data per mezzo di determinate verità fondate sulla ragione e sull'esperienza; l'educazione tende ad educare la volontà in base alle verità conosciute, suo scopo è la formazione del carattere.

---

[5]) Per decidere se esse sono straordinarie bisogna tener conto della situazione finanziaria dei genitori e dei figli, e non solo dell'importanza delle spese da farsi (S.J.Z. 23,344).

[1]) Burckhardt W., Komm. B.V. art. 49,3, pag. 498.

I genitori possono liberamente disporre dell'educazione religiosa dei figli (Art. 277). L'educazione religiosa viene considerata come una parte dell'educazione generale e, come tale, inserita nel diritto privato. Essa non è altro che una emanazione della libertà di fede e di coscienza dell'individuo garantita dall'art. 49 della Cost. fed., trapassata con tutte le sue conseguenze nell'art. 277 del C. C. S.

In quanto i genitori vivano ancora ed esercitino la potestà, compete a loro in comune il diritto di libera decisione, ferma la prescrizione dell'art. 274, 2 per cui in caso di disaccordo prevale la volontà del padre. La nostra legge ha qui però dato un taglio netto a tutti i presupposti tradizionali che favorivano, su questo punto, il padre nel senso che, in caso di matrimonio misto, i figli dovessero venire educati solo nella religione paterna. Raggiunto il sedicesimo anno di età (annum discretionis) il figlio acquista la maggiore età in tema di religione e diventa, in questo riguardo, completamente libero e indipendente da qualsiasi ingerenza o ordine da parte di chiunque, anche e soprattutto dei genitori. Stabilisce l'alinea 2 del 277 che è nulla ogni convenzione o contratto che limiti questo diritto. La rinuncia o anche solo una limitazione su questo punto è assolutamente esclusa.

Il contenuto di questo diritto di libera decisione si concreta nella facoltà dei genitori di poter educare i figli religiosamente o no, oppure di cambiare l'educazione dei figli cominciata in una determinata religione in un'altra a piacimento.

Siamo però profondamente convinti che contro un evidente abuso o una crassa leggerezza nell'esercizio di questa delicatissima mansione un intervento dell'autorità tutoria, escluso in trattazione particolare, potrebbe essere giustificato senz'altro dal principio generale dell'art. 2 C. C. S. (abuso di diritto).

Il coniuge superstite, come unico detentore della potestà, e perciò unico autorizzato ad esercitare il diritto di educazione dei figli, viene a trovarsi in una condizione molto interessante nel caso di matrimonio misto. Se il padre è superstite, l'educazione religiosa dei figli resterà per lo più invariata per il fatto che, vivente la madre, o il padre s'è interessato di ciò, e allora per legge avrà prevalso la sua volontà e i figli saranno stati educati secondo le sue convinzioni, o egli si è disinteressato e lasciato fare e i figli saranno stati educati secondo la religione della madre ed egli non avrà per lo più motivo, sia per rispetto al coniuge morto, sia per le sue opinioni già dimostratesi

indifferenti, di voler cambiare. Ben diversa la posizione della madre superstite. Se, supponiamo in un caso di matrimonio misto, nonostante tutte le eventuali convenzioni o promesse, che, come abbiamo visto, sono giuridicamente nulle, i figli vennero educati nella religione del padre non ostante la madre, essa potrà, fondandosi su questo diritto spettante esclusivamente a lei, dopo la morte del padre, far cambiare l'educazione ai figli, e dare loro la propria confessione religiosa; fermo restando il principio che i figli devono essere minori dei sedici anni. Questa facoltà non può esserle menomata da nessuna disposizione testamentaria del padre. Solo la volontà della madre è ora decisiva.

Al genitore superstite compete il diritto di usare i mezzi di correzione necessari per l'educazione. L'esercizio di questo diritto deve sempre esser tenuto presente in vista del maggior bene del figlio; i mezzi devono essere veramente necessari per l'istruzione, non usati in modo eccessivo e mai fine a sè stessi: essi non devono assumere un carattere di pena, ma piuttosto il marchio della correzione adeguata e di uno stimolo al miglioramento. L'art. 283 può essere quì pure interpretato come un rimedio, in caso di bisogno, colle misure opportune da ordinarsi dall'autorità tutoria.

§ 6. RAPPRESENTANZA

Il C. C. S. di fronte alle legislazioni cantonali e straniere, conferisce ai genitori una indipendenza molto maggiore nella rappresentanza dei figli.

I genitori hanno verso terzi la immediata rappresentanza legale del figlio: essi possono, per diritto proprio, agire in suo nome senza avere bisogno di un mandato speciale in ogni singolo caso. Salvo quanto dispone l'articolo 282, questa rappresentanza è, come tale, illimitata.

Mentre il tutore per esercitare la rappresentanza legale abbisogna, in tutti i casi importanti, il consenso dell'autorità tutoria (Art. 421, 422), questo viene espressamente escluso per la rappresentanza legale dei genitori (articolo 279, 2) [1]), anche se la potestà dei genitori compete a uno

[1]) « La facoltà di amministrazione e rappresentanza dei genitori è in linea di massima, in quanto si trovi nei limiti della potestà dei genitori, illimitata nel contenuto e nell'estensione e libera da qualsiasi ingerenza dell'autorità; essa comprende tutti i negozi giuridici che si riferiscono al patrimonio del figlio » (S.T.F. 45, II, 121).

solo dei coniugi [2]). Sopratutto questo forma un nuovo punto decisivo di distinzione tra la posizione giuridica del tutore e quella del coniuge superstite di fronte ai figli. Il padre o la madre superstite obbliga il figlio in modo assoluto, risponde però in suo confronto dei danni che da quelle azioni potessero derivare.

Il figlio sotto la potestà ha tuttavia la capacità d'agire (esercizio dei diritti civili) limitata dei minorenni e degli interdetti sotto tutela, così che egli può contrarre, date certe determinate premesse (Art. 410), obbligazioni. Egli risponde con tutta la sua sostanza, e i diritti dei creditori delle obbligazioni valide sorte dalle sue azioni, prevalgono sui diritti dei genitori. Il detentore della potestà risponde solo in quanto ci sia una colpa da parte sua.

Riguardo agli atti di rappresentanza da parte del genitore, la legge non prevede alcuna cooperazione del figlio: il suo eventuale consenso ha solo una importanza di fatto ma nessun significato giuridico. A differenza dell'art. 409 il genitore può agire in modo completamente autonomo; la mancanza d'approvazione del figlio, come anche una sua opposizione, sono in diritto senza valore.

Il genitore risponde per gli atti che il figlio sotto la potestà e capace di discernimento compie, col suo consenso, per la comunione domestica. Il consenso può essere dato prima o posteriormente, espressamente o con un comportamento concludente. Non esiste una vera e propria presunzione legale che il figlio, coi suoi atti, non abbia voluto impegnare sè stesso ma la comunione, si dovrà perciò stabilirlo caso per caso. E se dalla fattispecie risulta che il genitore ha veramente autorizzato il figlio ad atti giuridici per la comunione, gli atti stessi valgono come atti del genitore medesimo, che così ne risponde [3]).

Nella regolazione dei rapporti interni della comunione, la legge stabilisce, come requisito essenziale per la validità dei negozi giuridici tra genitore e figlio, l'intervento di un curatore e l'approvazione dell'autorità tutoria: negozi giuridici tra il figlio e il detentore della potestà sono quelli in virtù dei quali ognuno dei contraenti acquista diritti e assume obbligazioni. Specialmente nei casi in cui gli interessi del figlio e quelli di chi detiene la potestà dei genitori sono gli uni opposti agli altri (collisione di interessi); del pari negozi giuridici impegnanti il figlio di fronte a terzi

---

[2]) Expressis verbis: Egger pag. 370, Silbernagel pag. 122.

[3]) Il consenso del detentore della potestà non può essere in seguito revocato con effetti retroattivi (S.T.F. 62, II, 262).

in favore del genitore p. es. fideiussioni o costituzione di pegni su beni appartenenti al figlio [4]).

In questi casi, come già prestabilivano le antiche legislazioni cantonali [5]), è indispensabile l'intevento del curatore come un preciso caso d'applicazione dell'art. 392, 2. Il Trib. fed. (38, II, 446) ritiene che debbasi nominare un curatore al figlio anche all'infuori del caso dell'art. 282, quando si tratti di proteggere gli interessi del figlio che risultano minacciati da una data situazione e che si possono far valere anche contro il detentore della potestà. Oltre l'intervento del curatore è pure richiesto, in tali casi, la approvazione esplicita dell'autorità tutoria.

Questo diritto di rappresentanza del genitore trova dunque un limite nell'applicazione delle disposizioni dell'art. 282. Esso può inoltre subire delle ampie limitazioni coll'intervento dell'autorità di tutela se i doveri della potestà vengono violati (Art. 283, segg.). Per cui nell'interesse di terzi la pubblicazione di tali misure sarebbe oltremodo opportuna [6]).

B) - *Il controllo dell'autorità sulla potestà dei genitori*

§ 7. IN GENERALE

Nel definire la posizione e nell'accentuare l'autonomia del detentore della potestà di fronte al tutore, il C. C. S. si è messo su un piano completamente conservatore e, diremo,

---

[4]) Le obbligazioni sorgenti da questi negozi giuridici possono essere impugnate dal figlio solo se alla controparte del contratto, al momento della conclusione dello stesso, era *riconoscibile* il suo carattere di intercessione dall'insieme delle circostanze (S.T.F. 45, II, 123). Per la prova della malafede basta sia provata la colpa.

[5]) Huber I, 440.

[6]) Bindschedler, pag. 32. E pure Gautschi in S.J.Z. 22,241, per questi e per altri analoghi casi, distingue tra i rapporti interni ed esterni tra genitore e figlio ed aggiunge: « La controparte del rappresentato non è sempre in istato di misurare quanto gli interessi del figlio vengono offesi con una azione giuridica del detentore della potestà dei genitori. In un tale caso appare equo che essa, se in buona fede, venga protetta, e ciò succede nel modo più semplice col mantenere in forza (dare effetti giuridici) il contratto conchiuso in un modo antigiuridico ». (Applicazione analogica di C.O. art. 34,3 della Corte d'Appello bernese in S.J.Z. 15,386).

patriarcale. Già nei lavori preparatori si vede, fin nei minimi dettagli, come esso intenda marcare questa differenza, che emerge specialmente dalla diversità delle relazioni colla autorità di tutela.

Mentre il tutore nell'esercizio della sua potestà è sottomesso a una collaborazione e vigilanza permanente della autorità, il detentore della potestà dei genitori è solo occasionalmente e in via straordinaria sottoposto a una sorveglianza molto meno percepibile [1]).

Questa larga indipendenza del genitore è chiaro che nasconde, in casi d'abuso, seri pericoli per l'interesse personale del figlio. E' d'altra parte indispensabile che lo Stato garantisca lo sviluppo dell'essere fisico e morale del figlio, perchè l'interesse generale della comunità, compito primo dello Stato, implica necessariamente la cura delle parti, anche più deboli. Il C. C. S. in modo molto generale e suscettibile perciò delle più ampie e diverse applicazioni, consacra il principio dell'intervento dello Stato, per mezzo dell'autorità di tutela, nel caso che il detentore della potestà violi i suoi doveri.

Il B.G.B. (§§ 1666, 1667) lascia la più completa libertà di intervento al tribunale di tutela, se il detentore della potestà viola i propri doveri.

Il C. c. fr. regola invece alcuni casi particolari, ma il principio generale dell'intervento dell'autorità in materia di potestà dei genitori non lo stabilisce in nessuna parte. La dottrina dominante e poi la giurisprudenza dei tribunali, movendo da principî generali di morale e di umanità, forzando anche il testo della legge [2]) l'avevano però praticamente riconosciuto e soventemente applicato. La promulgazione della legge del 1889, che stabilisce un sistema completo di privazione della potestà, orienta però nuovamente la giurisprudenza piuttosto in senso contrario.

La formulazione dell'art. 283 C. C. S. è evidentemente ispirata ad un fine eminentemente umanitario e sociale. In questo punto il diritto svizzero si è messo decisamente alla testa delle varie legislazioni straniere, migliorando in modo eccellente le antiche legislazioni cantonali nel loro sistema, il quale, mettendo a base della regolazione i diritti patrimoniali, cioè la parte materiale della potestà dei genitori,

---

[1]) Huber al Nazionale: « Possono bensì esistere casi, ove la vigilanza dell'autorità tutoria deve farsi valere di fronte all'esercizio della potestà. Non si può però prevedere una collaborazione *regolare* dell'A. t. nell'esercizio della potestà ». Boll. Sten. pag. 746.

[2]) Cfr. Maier, pag. 34.

e avendo un carattere spiccatamente individualista, esageratamente informato allo spirito di libertà, si trovava, nelle disposizioni che regolavano l'intervento dello Stato per la protezione della persona del figlio, dipendente da una complicatissima procedura, ad un livello non più all'altezza delle nuove dottrine sociali [3]).

L'intervento dell'autorità, come già abbiamo detto, non è continuo e regolare ma dipendente dalle circostanze. La legge lo prevede in caso di « violazione dei doveri inerenti alla potestà », (bei pflichtwidrigem Verhalten, dice il testo tedesco).

La violazione dei doveri legali e morali che il genitore è tenuto a compiere verso i suoi figli è, solitamente, colpevole, presuppone cioè colpa da parte del genitore. Assume però un'importanza speciale il fatto che l'intervento della autorità competente ad ordinare le misure opportune non è dipendente dalla presenza di una colpa [4]). Unica condizione per l'intervento è la reale presenza di un pericolo oggettivo per il figlio, dovuto all'azione del genitore, sia esso fisico, p. es. il patire la fame, la mancanza di cure mediche, oppure morale come il commettere degli atti immorali in sua presenza, o un maltrattamento psichico che gli impedisce la formazione del carattere e lo svilupparsi di una sana coscienza. Indifferente è poi se l'effetto nocivo di queste azioni od omissioni è loro conseguenza immediata o mediata.

L'intervento dell'autorità tutoria ha luogo anche quando uno solo dei genitori manchi ai propri doveri, causando

---

[3]) Huber già così esprimeva questo difficoltoso conflitto: « Il legislatore si trova posto tra due tendenze estreme, d'una parte quella del magistrato ben intenzionato, che cerca di compensare ogni torto, d'altra parte quella del cittadino geloso della sua libertà, che respinge ogni ingerenza del potere nei suoi affari. La legge dovrà cercare la conciliazione di queste due tendenze, entrambi legittime, quando regolerà il controllo delle autorità di tutela sui genitori ». Op. cit. - Il legislatore agì con piena cognizione di causa, e i suoi risultati, non ostante le vivaci critiche specialmente dalla vicina Francia, si possono francamente chiamare buoni. Eugen Huber ha il merito di aver trovato tra queste due correnti contrarie la giusta strada di mezzo, che corrisponde ad entrambi in quanto possibile nel giusto, e pone in efficace rilievo l'idea della collettività superiore agli egoismi e interessi individualistici.

[4]) Cfr. Decisione del Gov. d'Argovia nella S.J.Z. 18,245: « Violazione dei doveri da parte dei genitori può sussistere in ciò, che questi anche *senza propria colpa,* non danno al figlio l'educazione necessaria. Decisivo è infatti non quanto i geni-

un pericolo per il figlio [5]). Questo ha un valore eminente nel caso del coniuge superstite, in cui esclusivamente a lui spetta l'esercizio della potestà, e quindi solo a lui è da attribuirsi un eventuale abuso, una violazione dei doveri inerenti alla potestà. L'intervento dell'autorità tutoria, regolato dai principî generali dell'art. 283, mantiene anche quì il suo pieno valore.

Appena venuto a conoscenza dell'autorità competente [6]), per via di denuncia o in altro modo, lo stato anormale o pericoloso, essa non ha solo un diritto ma un preciso dovere d'intervento per la protezione del figlio. Si è assai discusso sul grado di responsabilità dell'autorità nelle funzioni incombenti a questo compito. Il C. C. S. è muto su questo punto. E' però ormai opinione dominante che l'art. 426 trovi, per analogia, campo di applicazione anche in merito alla responsabilità delle autorità di tutela in materia di potestà dei genitori; si richiede dunque da essa la severa misura della diligenza di un buon amministratore, la quale è per sè richiesta espressamente dalla legge solo nel diritto di tutela propriamente detto (Titolo XI) [7]).

L'autorità deve ordinare « le misure opportune per la protezione del figlio ». La legge non dice quali siano queste misure: essa enumera negli art. 284 e 285 soltanto alcuni

---

tori possono dare, ma quanto è necessario per un sano sviluppo del figlio. L'autorità di tutela può, anche senza che esista una colpa essenziale dei genitori, privare questi della potestà di disporre sul loro figlio ». Così pure una decisione del Governo di S. Gallo in S.J.Z. 21,304 : « Il dovere dei genitori di aver cura del loro figlio e di non trascurare il suo benessere è divenuto un dovere pubblico di fronte allo Stato; è da ritenersi che l'art. 283 trova applicazione non solamente se i genitori hanno una colpa di cui sono soggettivamente consci, ma già se essi, in questioni importanti, non hanno del figlio quella cura che domandano e rendono necessaria la sua individualità, e il suo diritto di protezione della salute corporale e spirituale ». Come esempio adduremo il caso di un figlio gravemente ammalato, ove il genitore non vuole chiamare il medico, per la cura indispensabile, perchè, in buona fede, crede di guarirlo esclusivamente colla « Christian Science ». L'intervento dell'autorità in tale caso è indubbiamente giustificato.

[5]) Cfr. Egger, art. 374, 2c. Silbernagel, pag. 148. Curti, art. 283 n. 1.

[6]) Competente è l'autorità di tutela del domicilio del genitore, riservate le disposizioni sulle facoltà dei cantoni a' sensi dell'art. 376,2, e non quello della momentanea dimora del figlio (Cfr. S.J.Z. 20,212, inoltre S.T.F. 53, II, 282-52, II, 416).

[7]) Cfr. Gmür, art. 283 n. 39. Egger 426, n. 2 b. Maier, pag. 33.

casi, senza escluderne altri, lasciando la scelta più adatta e plastica al libero giudizio dell'autorità. Il controllo della autorità è il mezzo per la chiarificazione dei rapporti e per l'osservazione dell'effetto delle ammonizioni. Nelle misure si possono distinguere due diversi momenti: un momento positivo cioè la cura e l'esecuzione stessa delle misure più opportune, e un momento negativo che consiste nella difesa del figlio da influenze dannose. La potestà dei genitori, come abbiamo visto, ha un carattere di protezione tutelare sugli interessi dei figli, che stanno in prima linea; lo Stato si riserva una vigilanza per controllare e al caso supplire a questa protezione necessaria.

Se nell'applicazione dell'art. 283 l'autorità di tutela si serve di un aiutante, essa è e rimane però responsabile e decisiva; il suo aiutante non è autonomo nell'agire, e le sue misure sono da considerarsi come misure dell'autorità stessa, così che per impugnarle non appare necessario prima un ricorso all'autorità di tutela (S.T.F. 51, II, 94), ma è subito aperta la strada per un ricorso all'Autorità di vigilanza. Parimenti nella S.T.F. 56, II, 11 ove si afferma che « se l'autorità di tutela è autorizzata, secondo gli articoli 283 e 284, di incaricare un terzo per l'inchiesta e la vigilanza, le manca per contro il diritto di delegare a questo terzo le competenze che a lei sono date negli art. 283 e 284 ».

§ 8. LE DISPOSIZIONI PER LA PROTEZIONE DEI FIGLI

1. Scopo

Lo scopo dell'intervento dell'autorità nelle relazioni tra genitore e figlio è di impedire o allontanare un fatto pericoloso per gli interessi personali del figlio. Questo si ottiene coll'uso di *misure speciali,* che assumono, particolarmente nel diritto svizzero, moltissime forme e gradazioni, e il loro risultato sarà più o meno efficace secondo che esse furono scelte bene: conformi e adatte al caso specifico.

Il concetto di intervento è stato allargato e reso più elastico per una autorità che sappia agire con intelligenza.

Il ricovero dei figli e la privazione della potestà, che costituivano negli antichi diritti cantonali quasi regolarmente l'unica e rigorosa misura, sono dal C. C. S. previsti solo per i casi più gravi di violazione dei doveri della potestà. Secondo le circostanze, e pur lasciando intatta la potestà, l'autorità potrà dare un'ammonizione al genitore, minacciare severi provvedimenti, imporre un controllo sia

con visite e ispezioni sia coll'obbligo di rapporti periodici sull'andamento del figlio, disdire per es. un contratto di tirocinio inadatto, ecc. Essa può in genere ordinare o vietare un determinato modo d'agire del genitore, rifuggendo però da ogni eccesso d'intromissione nelle relazioni interne di famiglia, da ogni ingiusta offesa all'autorità o all'amor proprio del genitore. Tali misure, in seguito ai loro effetti, possono essere poi aggravate, raddolcite o completamente levate dall'autorità competente.

2. Il ricovero dei figli

L'art. 284 è un caso d'applicazione dell'art. 283 : la misura della sottrazione e del ricovero del figlio; esso regola parimenti il libero ricoveramento del figlio su proposta del genitore stesso. L'applicazione di questo articolo ha luogo quando è compromesso lo sviluppo fisico o intellettuale del figlio. Allora l'autorità interverrà con delle misure preventive profilattiche, anche prima che sia subentrato un danno, purchè esista una imminente e forte probabilità di pericolo importante e durevole.

Motivo sufficiente d'intervento si ha se il figlio viene dal genitore mal nutrito, maltrattato, se la sua capacità di lavoro viene brutalmente sfruttata, se viene allevato in un ambiente eccessivamente sporco o ove ci sono delle malattie contagiose (ambiente tubercolotico o sifilitico [1]). La legge accenna poi esplicitamente al caso in cui i figli sono moralmente abbandonati, ove per abbandono s'intende [2]) un alto grado di trascuratezza dal punto di vista del benessere mentale o da quello dell'educazione. Il fatto che il figlio si trovi in pericolo continuo per il suo bene morale, forse in causa dei cattivi costumi del genitore, viene pure riconosciuto come motivo sufficiente di ricovero [3]).

Ad istanza del genitore, se il figlio gli oppone una resistenza ostinata e maliziosa che non può venire vinta dagli ordinari mezzi di correzione, l'autorità potrà ordinare per tali soggetti, psicopatici o vagabondi, la misura del ricovero. Questo caso può accadere specialmente nel caso che la madre è superstite: il figlio, già grandicello, potrà,

---

[1]) Cfr. Dec. Reg. Rat. di Lucerna in S.J.Z. 24,249.

[2]) Egger definisce « l'abbandono è il pregiudizio in atto, durevole e rilevante del bene del figlio ». Verwahrlosung secondo la motivazione del Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt del 9. 7. 1922, è « ogni rilevante abbassamento (Sinken) dello stato spirituale, morale e corporale sotto il livello regolare ».

[3]) S.T.F. 53, II, 194.

colla sua impetuosa cocciutaggine, cagionare alla madre gravi dispiaceri, a cui la madre sola non potrebbe ovviare. Il ricovero, l'allontanamento forzato del figlio da casa, da parte dell'autorità, o anche solo la minaccia seria di una tale possibilità varrà a stroncare queste prime velleità rivoluzionarie del giovane.

In tutti questi casi l'applicazione dell'art. 284 è una questione di apprezzamento, e decide, nel singolo caso, il grado di pericolo presente. L'autorità ha il compito di appurare e stabilire l'esistenza o meno delle relative circostanze di fatto e, dato il caso, sorge per lei lo stretto dovere d'agire.

L'effetto diretto dell'allontanamento del figlio, per un tempo variabile, in un ambiente diverso, nei rapporti di potestà è quello che il genitore viene privato del reale diritto della custodia del figlio, che gli garantisce l'art. 273, in quanto non gli vien tolto con una causa legittima, come appunto nel caso dell'art. 284. La disposizione non incide sulla potestà dei genitori, la quale rimane, come tale, intatta nelle mani del detentore. Essa viene unicamente, se si vuole, limitata dall'esclusione del diritto di custodia; tutti gli altri diritti ad essa inerenti rimangono però ancora al genitore.

3. La privazione della potestà

Mentre il ricovero dei figli si limitava a privare il genitore del diritto della loro custodia, l'art. 285 contempla il caso più grave e più energico dell'intervento dell'autorità nei rapporti famigliari: la privazione della potestà. Essa deve essere considerata come ultima ratio quando tutte le altre misure possibili sono diventate vane, e l'uso di mezzi più miti ha mostrato che essi sono insufficienti per raggiungere lo scopo voluto cioè la garanzia di una giusta educazione e istruzione del figlio compromesso; l'intacco nella sfera giuridica famigliare diventa qui completo, tutti i legami personali legali tra genitore e figli si sciolgono recisamente. Già abbiamo visto come l'intervento dell'autorità sia regolato da norme di grande prudenza e delicatezza, ma come anche, dato il caso, la legge preveda un vasto crescendo di rigore nelle varie misure, che corrispondono al crescente pericolo che minaccia il figlio. La gravità dell'intervento viene determinata dalla gravità del pregiudizio che incombe alla persona del figlio.

Secondo la ratio legis che regola tutto questo istituto, l'autorità competente, come lo conferma una ricchissima

giurisprudenza, nello stabilire ed apprezzare il significato e il valore dei diversi dati di fatto, procede con grande attenzione e prudenza prima di ordinare questa grave, incisiva misura. I larghi termini usati dagli art. 284 e 285 lasciano una grande libertà di decidere se al caso devono essere applicate le misure di un articolo piuttosto che quelle dell'altro.

Se il coniuge superstite viene privato della potestà, i figli minorenni passano sotto la potestà di un tutore, non sussistendo la possibilità di un eventuale passaggio della potestà all'altro coniuge.

La legge prevede la privazione nei seguenti casi [4]:

a) *Per mala cura.* - Il genitore si trova durevolmente incapace di fatto o di diritto di adempiere ai doveri inerenti la potestà: casi di prolungata assenza, per effetto di condanna, di malattia mentale, oppure se egli stesso viene interdetto e messo sotto tutela [5]. Caso importante è quando il genitore si è reso indegno della potestà: facendosi colpevole di grave abuso della potestà stessa o di grave negligenza nell'adempimento dei suoi doveri. Il giudizio deve essere molto cauto e oggettivo. Il Trib. fed. afferma a proposito che semplici diversità di carattere, espressioni ingiuriose, modi grossolani o brutali, sono fatti che autorizzano al più la misura dell'allontanamento e del ricovero del figlio, ma non la privazione della potestà, la quale non deve mai essere pronunciata quando quelle misure appaiono sufficienti [6]. Il carattere di gravità delle negligenze che comportano la privazione della potestà, implica una condotta colpevole del genitore riguardo ai suoi figli, e la possibilità seria di conseguenze sgradevoli per la loro salute fisica, la loro intelligenza, la loro moralità [7]. La colpa

---

[4]) La rinuncia alla potestà da parte del genitore non manifesta alcun effetto giuridico, per il fatto che, come abbiamo già visto, la potestà non consiste solo in diritti ma anche in doveri ai quali non si può rinunciare unilateralmente. La rinuncia potrebbe in tanto avere un valore, in quanto essa certamente provocherebbe un intervento dell'autorità per esaminare se sono presenti le condizioni dell'art. 285. Se il caso si verifica, la privazione verrebbe pronunciata, in base però unicamente a dei motivi accertati oggettivi.

[5]) Cfr. a proposito il Cap. 2 del Titolo X che tratta negli art. 369-372 C.C.S. dei casi di tutela di maggiorenni incapaci.

[6]) S.T.F. 42, II, 96.

[7]) S.T.F. 38, II, 454 - 47, II, 97.

che qui viene espressamente messa in rilievo non è essenziale; assoluta incapacità anche senza colpa è sufficiente [8]).

Pur non essendo esplicitamente prevista dalla legge civile, la privazione della potestà può aver luogo dietro sentenza del giudice penale, se il detentore della potestà si è reso colpevole di un grave reato [9]). Privazione che può naturalmente avere una durata maggiore del tempo che l'imputato deve scontare in carcere.

La privazione della potestà dei genitori ha l'effetto immediato di rompere tutti i rapporti e vincoli di potestà esistente tra il genitore e tutti i figli viventi al momento della decisione. In forza di disposizione positiva di legge la privazione si estende anche al figlio nascituro dopo la sentenza (caso di madre superstite incinta al momento della morte del padre: art. 285, 3).

Essa è sempre totale, generale e trae con sè la *perdita dei diritti patrimoniali* sui beni dei figli: anzitutto l'amministrazione e anche il godimento, quest'ultimo però solo nei casi di perdita colpevole della potestà. Al genitore privato della potestà gli oneri del rapporto restano invariati: a lui incombe l'obbligo di sopportare ancora le spese di mantenimento e d'educazione dei figli (Art. 289).

L'autorità competente per la privazione come per il ripristino, è quella del luogo d'abitazione del genitore, al tempo in cui si iniziò il procedimento [10]). I Cantoni possono per i loro cittadini abitanti nel Cantone dare questa competenza all'autorità del luogo d'attinenza. Contro una decisione di privazione è riservato ricorso di diritto civile al Tribunale federale (art. 288, 2) [11]).

Il B.G.B. (§§ 1666, 1680) prevede questa misura, ma permette che la privazione possa essere pronunciata esclusivamente a riguardo di uno o di solo alcuni figli.

In Francia esiste pure un sistema chiaro e completo circa la privazione della potestà colla Loi du 24. 7. 1889

---

[8]) Cfr. S.J.Z. 21,227. Egger, art. 285 n. 1. Silbernagel pag. 180.

[9]) L'autorità civile o direttamente il giudice penale può, per il genitore condannato ad una privazione della libertà, pronunciare la privazione o dichiarare l'incapacità d'esercizio della potestà dei genitori (cfr. progetto di codice penale svizzero del 23. 7. 1918, art. 50 e Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937, art. 53).

[10]) S.T.F. 53, II, 282 indi 56, II, 346 e recentemente 62, II, 205.

[11]) L. F. sull'organizzazione giudiziaria federale 1925, articolo 86 n. 2.

sur la protéction des enfants maltraités ou moralement abandonnés, modificata e completata dalla Loi du 17 april 1898.

L'art. 233 del C. c. it. prevede, « se il genitore abusa della patria potestà, violandone o trascurandone i doveri, o male amministrando la sostanza del figlio », l'intervento del tribunale civile, il quale potrà provvedere per la nomina di un tutore alla persona del figlio, o di un curatore ai beni di lui, privare il genitore dell'usufrutto in tutto o in parte, e « dare quegli altri provvedimenti che stimerà convenienti nell'interesse del figlio ».

b) *Nuove nozze.* - Questo punto sottolinea nuovamente il principio dell'uguaglianza del padre e della madre di fronte alla legge nel C. C. S. Mentre i diritti cantonali privavano nel caso di nuove nozze, per lo più, solo la madre della potestà, rispettivamente della tutela, sui figli di primo matrimonio, il C. C. S. statuisce anche in questo caso, parità di condizioni per tutti e due. L'art. 286 prescrive che, nel caso di nuove nozze del detentore della potestà, può essere nominato un tutore ai figli solo « se le circostanze lo richiedono », e il Trib. fed. continua, affermando che queste circostanze devono stare in rapporto, in nesso casuale col nuovo matrimonio, e che deve inoltre essere presente una necessità indispensabile per l'interesse del figlio [12]). Si dovrà anzitutto tenere in considerazione la posizione in cui verrebbe a trovarsi il figlio, di primo letto, e se questa nuova posizione, specialmente per l'influenza e l'azione del nuovo coniuge (patrigno o madrigna), non possa portare serî e rilevanti pregiudizi ai suoi interessi generali, personali e patrimoniali.

La privazione della potestà in caso di nuove nozze del coniuge superstite non è perciò una conseguenza necessaria, ma dipendente dal giudizio sul singolo caso. La legge non esclude la possibilità che a tutore dei figli venga nominato uno dei coniugi (art. 286, 2), e, nel caso di morte di uno dei genitori, o il superstite o il nuovo coniuge. Con questo cambiamento di posizione nei rapporti coi figli, l'autorità può raggiungere bene il suo scopo; sul nuovo tutore nominato essa potrà esercitare liberamente una vigilanza e un controllo continuo e più sicuro.

Ricorso di diritto civile al Trib. fed. per privazione della potestà secondo l'art. 286 non è concesso (S.T.F. 38, II, 769 - 49, II, 150).

---

[12]) S.T.F. 39, II, 6.

Cessata la causa di privazione, l'autorità competente può, d'officio o a richiesta dell'interessato, ripristinare la potestà. Ciò non deve mai aver luogo, per legge, prima d'un anno dalla privazione. Analogamente a quello per privazione anche per il ripristino è ammesso ricorso al Tribunale federale (S.T.F. 39, II, 6).

Il C. C. S. lascia ai Cantoni di stabilire la procedura da seguirsi per la privazione e per il ripristino della potestà dei genitori. Non è necessario che la procedura sia accelerata, a seconda dei Cantoni essa avviene in via amministrativa (autorità tutoria), o giudiziaria (Trib. civ.). La decisione deve spettare a quell'organo il quale presenta maggior garanzia di indipendenza e di spassionata, giusta interpretazione e tutela della legge.

Sopratutto a fini economici con terzi sarebbe sommamente desiderabile che la privazione della potestà venisse, all'atto, sempre ufficialmente pubblicata.

PARTE II.

Diritti e doveri sui beni dei figli

A) - *I diritti patrimoniali del coniuge superstite*

§ 9. IN GENERALE

1. Cenni storici

Il diritto romano non dava, da principio, al figlio di famiglia alcuna capacità di possedere dei beni. Il padre acquistava, in forza della sua patria potestà, ogni guadagno del figlio. Il successivo sviluppo del diritto peculiare, nel tardo impero, attenua la rigidità del sistema: il figlio può acquistare il peculium castrense (soldo militare), il peculium quasicastrense, poi i bona adventicia ovvero la facoltà di ricevere in proprietà da terzi; profecticium era il peculium che riceveva dal padre, ma che restava proprietà del padre.

Nell'antico diritto germanico il figlio era capace di possedere patrimonio per eredità. Tali beni non potevano però crescere col guadagno del lavoro del figlio. Questo apparteneva esclusivamente al padre in forza della sua « Munt », secondo il famoso aforisma giuridico « Kindergut soll weder wachsen noch schwinden » e l'altro « Kindergut ist eisern Gut ». Il padre aveva il pieno diritto di godimento dei beni del figlio: egli poteva liberamente disporre dei beni mobili del figlio; doveva però al caso risarcirne il valore (... noch schwinden), per gli immobili egli era tenuto all'approvazione del figlio maggiorenne. La potestà era inizialmente patria. Alla morte del padre la madre era sottoposta allo stesso controllo del tutore. Solo nel tardo medioevo si diede alla vedova la possibilità di essere tutrice dei figli, e pure dei beni.

Secondo il diritto comune il figlio poteva possedere beni propri, sottoposti all'amministrazione e al godimento del padre, il quale aveva una posizione molto libera: rispondeva solo per colpa provata e non era tenuto a nessun rendiconto. Beni liberi da amministrazione e godimento era il peculium castrense. A questo apparteneva tutto quanto il figlio avesse acquistato con la sua personale attività

spirituale, al di fuori dell'industria paterna (salario d'avvocato, d'impiegato pubblico ecc.). E pure i beni adventicia dovuti a liberalità di terzi, espressamente esclusi da amministrazione e godimento del padre.

2. Natura giuridica

Secondo il C. C. S. i diritti patrimoniali dei genitori comprendono il diritto di amministrazione e di godimento dei beni dei figli. Essi presentano nel loro contenuto molti punti di contatto coi diritti del marito sui beni della moglie nel diritto matrimoniale. Nei due casi si tratta di un diritto reale che trova il suo fondamento nel diritto di famiglia [1]).

Questa potestà patrimoniale del genitore non presenta solo un diritto ma un dovere. Essa è da ritenersi una emanazione, una conseguenza logica e naturale, un diritto accessorio della potestà dei genitori la quale, colla cura della persona, impone anche quella dei *b e n i* dei figli. La esistenza della potestà dei genitori è perciò la premessa, la condizione indispensabile dei diritti patrimoniali dei genitori.

Mentre l'amministrazione, e pure la rappresentanza, la quale rientra come attribuzione necessaria all'amministrazione, si lasciano dedurre dall'essenza generale della potestà come disposizioni tutelari per il bene del figlio, non così il godimento, che si presenta essenzialmente come un diritto dei genitori e non un dovere, e appartiene a questi nel loro stesso interesse.

Anche senza la giustificazione storica, questo diritto è da considerarsi come un equo corrispettivo ai gravi doveri che la legge, moderna, impone al genitore verso il figlio.

A differenza di altri diritti: del diritto tedesco, il quale ha ripetutamente regolato i diritti patrimoniali dei genitori fortemente influenzato dai principi della tutela; del diritto francese, nel quale, secondo Planiol [2]), la patria potestà è in realtà niente altro che una tutela; e pure di molti diritti cantonali i quali, in gran parte, parlano di tutela paterna, oppure regolano i diritti patrimoniali dei genitori assieme alla tutela [3]), il C. C. S. mantiene fortemente marcata la differenza tra la posizione del genitore e quella del tutore,

---

[1]) Cfr. Schilling in Archiv für bürgerl. Recht. Bd. 19, pag. 251 seg.

[2]) Traité élémentaire de droit civil, 6 ed. I. pag. 511.

[3]) Huber, I., pag. 437.

così come si è sempre sforzato di mantenerla chiara regolando i rapporti sulla persona del figlio [4] [5].

L'amministrazione e il godimento sono i due diritti che formano le facoltà patrimoniali del genitore sul figlio, essi sono però completamente indipendenti l'uno dall'altro così che l'uno può esistere senza l'altro (294, 298, 2). Anche nel diritto tedesco e nel diritto francese emerge nitida questa indipendenza. Il C. c. fr. avendo trovata insufficientemente regolata l'amministrazione la completò con la Loi du 6 april 1910.

Pure nei diritti patrimoniali vale il principio della uguaglianza dei coniugi di fronte alla legge. Così, allo scioglimento del matrimonio per morte, vedovo e vedova sono trattati in un modo completamente uguale. Al coniuge superstite compete, quale unico detentore della potestà dei genitori e dei diritti ad essa accessori, le facoltà patrimoniali in tutta la loro estensione. Sciolto il matrimonio, il dovere d'inventarizzazione e di comunicazione stabilito dall'art. 291 incombe indifferentemente sia all'uno che all'altra.

3. La sostanza dei figli

a) *CONCETTO* - Prima di entrare in ispecie a trattare dei diritti e dei doveri patrimoniali del coniuge superstite dobbiamo stabilire e tracciare brevemente quale sia l'oggetto di queste attribuzioni, cosa s' intenda cioè per patrimonio dei figli.

Il patrimonio del figlio è l'insieme dei diritti, dei beni economici di cui il figlio è proprietario. Egli deve essere

---

[4]) Boll. Sten. Cons. naz. 15,761 - Cons. agli Stati 15,1184.

[5]) Messaggio del Cons. fed. alle Camere sul progetto di C.C.S., pag. 37 (28. 5. 1904): Se il progetto dà ai genitori più grande libertà di quanto non lo facciano molti diritti cantonali, nel diritto dei genitori, questi danno però ai genitori, o almeno al padre, altrettanto più grandi attribuzioni patrimoniali dal matrimonio. Per il caso principale ove i figli hanno patrimonio, cioè dopo la morte di uno dei genitori, i cantoni, in più gran numero, vanno, nelle attribuzioni del coniuge superstite, più in là del progetto, il quale progetto tratta dei diritti patrimoniali dei genitori, in tutti i casi, come delle *manifestazioni concomitanti* del dovere di mantenimento e di istruzione dei figli, e cerca di proteggere il figlio da un egoistico sfruttamento dei genitori, in quanto questo è conciliabile coi principio dell'autorità dei genitori sui figli.

Già da questa spiegazione risulta il principio sancito poi dal C.C.S.: l'impossibilità di privare il genitore unicamente dei diritti patrimoniali senza togliergli la potestà (art. 298).

solamente nudo detentore della proprietà della sostanza; tutti gli altri diritti accessori spettano, di regola, al detentore della potestà dei genitori sul figlio.

Appartengono a questo patrimonio anzitutto i beni che provengono al figlio per donazione, ossia per liberalità spontanee e gratuite sia dei genitori stessi, madrine o padrini, parenti oppure terzi qualsiasi, sia quanto a lui proviene per successione. Quest'ultima è quella che assume nella nostra trattazione l'importanza massima: il figlio eredita, per successione del genitore defunto, dei beni; in età molto giovane egli viene, di solito solo allora, a trovarsi possidente anche di un patrimonio ingente. La sua posizione assume perciò un interesse tutto particolare. Al suo patrimonio spetta ancora tutto quanto a lui appartiene per qualsiasi titolo lucrativo: il guadagno del suo lavoro materiale, mentale, artistico ecc. [6]).

Questo patrimonio ha un valore per terzi nel caso dell'art. 280, 3 ove è disposto che la sostanza del figlio risponde per le sue obbligazioni verso i creditori senza riguardo ai diritti dei genitori sulla medesima.

In linea di massima i diritti patrimoniali del genitore comprendono l'intero patrimonio dei figli minorenni sotto

---

[6]) Nella considerazione del patrimonio dei figli in generale, può affacciarsi il problema, se non sia da considerarsi, in un certo senso, come parte del patrimonio del figlio, o almeno come certa e sicura parte integrante, il diritto d'aspettativa (Anwartschaftsrecht) che il figlio ha sulla legittima di una qualche eredità. Non sarebbe questo un diritto perfetto, totale, completo, ma un ius nasciturum, legalmente protetto, all'acquisto di un pieno e determinato diritto spettante a un certo soggetto. Favorisce questa costruzione il raffronto colla legge sulla tassa militare del 28. 6. 1878, la quale oltre una tassa base comune per tutti gli obbligati, prescrive positivamente (art. 5 n. 2) che nel patrimonio del figlio imponibile viene calcolato, oltre il comune, anche la metà del patrimonio dei genitori e se questi non vivono più dei nonni, in rapporto al numero dei figli, rispettivamente dei nipoti.

Le vivacissime critiche mosse a questa legge, a questo sistema, e la costruzione molto problematica e mutevole di un tale diritto rendono la tesi insostenibile e con nessuna pratica probabilità di migliori effetti giuridici, nel campo del diritto privato.

la potestà [7]). Il C. C. S. prevede, come eccezione, diverse possibilità di escludere i diritti del genitore, in tutto o in parte, su certe parti del patrimonio dei figli. Date certe determinate condizioni, la legge ammette casi di esclusione dell'uno o dell'altro diritto, o di entrambi assieme coi cosidetti *beni liberi.*

b) *BENI LIBERI.* - L'istituto dei beni liberi, che si è sviluppato dal bonum adventicium irregulare del diritto comune, può venir comparato all'istituto dei beni riservati nel regime dei beni matrimoniali.

1. Secondo l'art. 294 è bene libero dal godimento ciò che fu dato al figlio perchè frutti interessi a suo favore, o colla condizione espressa che non sia soggetto al godimento legale dei genitori. Tale condizione non abbisogna di una forma speciale, deve essere però esplicitamente indicata, è esclusa se non chiaramente stabilita dal donatore; comportamento concludente non è, da solo, ancora sufficiente. Essa potrà presentarsi sotto forma di onere o condizione in una liberalità tra vivi o a causa di morte.

L'esclusione di uno dei diritti patrimoniali non significa però ancora l'esclusione dell'altro. Anche se il genitore è stato privato dal godimento sui beni del figlio, fino a che non fu stabilito qualche cosa di contrario, a lui ancora permane il diritto e il dovere all'amministrazione degli stessi. L'amministrazione dei beni del figlio da parte del detentore della potestà è esclusa solo quando venne espressamente voluto dal donatore. Il nostro punto di vista su questa questione è che l'esclusione dell'amministrazione possa avvenire anche indipendentemente dall'esclusione del godimento. L'art. 294 pare voglia intendere questa esclusione solo assieme a quella del godimento, concede però con questo la possibilità di escludere l'amministrazione nei diritti patrimoniali del genitore.

Il principio che si opponeva a questa disposizione era la cura gelosa, la protezione che il legislatore ha sempre dimostrato per questi diritti. Mosso dall'esempio degli Stati vicini e, sopratutto, da evidenti ragioni di opportunità, il legislatore ha concesso questa eccezione alla regola tanto

---

[7]) Anche i maggiorenni, se non interdetti e se l'autorità non ritenne più indicato nominar loro un tutore, possono stare sotto la potestà dei genitori (273,2). I diritti patrimoniali dei genitori varranno, in tale caso, anche per loro, *solo* però *in parte*, perchè gli articoli 292 e 295 parlano espressamente di figli « in minore età ». Per cui queste facoltà sono da ritenersi escluse per i maggiorenni sotto la potestà (Bindschedler, pagina 19).

difesa. Perche dunque non dovrebbe essere possibile levare l'amministrazione dei beni al genitore, e lasciargli per contro il godimento ? I suoi diritti vengono da una simile misura meno intaccati che dall'esclusione totale di tutti i diritti patrimoniali.

La ratio di tutto l'istituto non è contraria a una tale esclusione, la quale è ancora rafforzata dalla considerazione che il donatore, il quale può disporre esclusivamente e liberamente della sua sostanza, potrebbe anche rinunciare a una liberalità al figlio piuttosto di farla senza quelle limitazioni, forse ben giustificate, che la sua facoltà e la sua esperienza gli suggeriscono. Praticamente sarà molto necessaria e desiderata la possibilità di escludere, in certi casi, proprio il coniuge superstite dall'amministrazione complicata di qualche patrimonio. Riteniamo dunque che il disponente possa p. es. consegnare ad una banca da amministrare la liberalità che egli vuol fare al figlio, e su questa, riservato l'art. 293, spetti al genitore il godimento. Quest'ultimo sarà indubbiamente da questo risultato meno svantaggiato che se fosse stato del tutto privato e completamente escluso da ogni partecipazione (a maiore minus).

La nota marginale poi del C. C. S., che accenna C. Beni liberi I. Dal godimento dei genitori, non è, da sola, decisiva. Più volte infatti la legge porta come nota marginale, il concetto principale, dominante dell'articolo il quale però, suddividendosi, non ne esclude un altro — accessorio — come in questo caso.

2. Indistintamente il coniuge superstite è trattato in modo uguale dalla legge. E' chiaro che il coniuge defunto, come tutte le altre persone, può escludere il superstite dal godimento legale o dall'amministrazione purchè lo abbia espressamente dichiarato. A questo punto ci si presenta una questione assai discussa e controversa: se cioè il genitore premorto possa privare il superstite dei suoi diritti patrimoniali indistintamente su tutti i beni che egli lascia al figlio, compresa pure la porzione legittima, oppure se la sua disposizione restrittiva possa estendersi solo sui beni che egli lascia al figlio e che costituiscono la sua quota disponibile. Si discute, con altre parole, se il coniuge superstite possa essere privato dei suoi diritti patrimoniali sulla legittima dei figli sotto la sua potestà.

Autorevoli commentari svizzeri del diritto di famiglia, commentando il significato generale dell'art. 294, considerando che l'animus della legittima sta nello scopo preciso di tornare ad unico vantaggio del favorito, e che essa deve perciò essere ritenuta come base di costruzione dell'avvenire

economico del figlio, e, certamente, influenzati dalla dottrina tedesca, ammettono la piena liceità di una tale clausola anche sulla parte legittima della successione del figlio [8]).

Tale soluzione noi non possiamo, senz'altro, ammettere.

Se noi ammettiamo una tale possibilità, non possiamo assolutamente più comprendere le disposizioni del C. C. S. che regolano i diritti dei genitori sui beni del figlio. Il caso che il figlio acquista dei beni per eredità del coniuge defunto, è il caso più importante e, generalmente quasi unico, ove si potrà veramente parlare di un patrimonio di una qualche entità. Se ora a carico di questo patrimonio, su cui il coniuge superstite, nei limiti legali, aveva già calcolato, viene messa una clausola rigidamente esclusiva, dipendente solo dal beneplacito del decujus, ci appare veramente difficile spiegare il valore di questa regolazione. Valore molto ipotetico e relativo, se il coniuge superstite, detentore della potestà, nel momento in cui sta per mettere in atto i suoi diritti, potesse venire completamente privato da questi, per semplice disposizione del premorto. L'articolo 294 C. C. S. parla di limitazioni da stabilirsi all'« atto di liberalità », il che significa il dare libero, volontario, gratuito, indifferente, queste espressioni non sono evidentemente adatte per la legittima la quale è precisamente determinata e voluta da norma positiva di diritto coattivo (articolo 471).

Richiamandoci ai principî generali del diritto successorio troviamo che il caso primario di successione è quello legale, e che la volontà del decujus può farsi valere come eccezione, come correttivo e dispositivo, nella devoluzione dei beni rilasciati, solo dove la legge lascia libero campo di disposizione: la quota disponibile. La parte che per volontà della legge è già esattamente determinata e prestabilita non deve più poter subire alcuna modalità o influsso dalla volontà del testatore.

E' abbastanza chiara, a proposito, una sentenza del Trib. cantonale di Zurigo pronunciante che « il testatore non può privare i genitori del figlio, in base all'art. 294, dal godimento al patrimonio che egli deve lasciare al figlio

---

[8]) Egger, art. 294, 2. I: L'esclusione del godimento dei genitori è *senza dubbio* possibile anche sulla legittima del figlio, in quanto però la modalità non venga fatta sotto forma di condizione o onere. Sic. Bindschedler, pag. 98. - Silbernagel, pag. 230: All'assegno della legittima può essere aggiunta la esclusione del godimento dei genitori; ciò non può avvenire in forma di condizione o onere, che aggraverebbero la legittima del figlio.

come legittima » [9]). Questa sentenza forma il caposaldo, la base del nostro ragionamento. Se il giudice interpretando la legge concede il principio che sulla legittima dei figli non possono essere tolti dal testatore i diritti patrimoniali dei genitori, non vediamo una ragione contraria all'applicazione di tale principio tra i genitori stessi. La ratio in ambedue i casi è perfettamente uguale. La riserva legale non si deve ritenere come un bene assoluto di unico godimento del figlio, perchè allora questo dovrebbe valere non solo sulla legittima dei genitori ma sulla legittima prevista dalla legge di qualsiasi altro parente. Crediamo dunque di poter affermare che il coniuge premorto non può privare il superstite dei suoi diritti patrimoniali sulla legittima del figlio; sulla sua quota disponibile invece potrà, naturalmente, disporne a suo piacimento personale. Una clausola perciò con cui venisse, dal testatore, assegnata alla porzione legittima del figlio la qualità di bene libero dal godimento del coniuge superstite è da considerarsi come invalida e non manifesta alcun effetto giuridico.

Il coniuge superstite non potrà impugnare presso il giudice una tale disposizione coll'azione di riduzione (C.C.S. art. 522), perchè di fatto la legittima del figlio non è diminuita; può però fare al giudice una domanda tendente a modificare la clausola del coniuge defunto nel senso che

---

[9]) S.J.Z. 22,359. Della stessa opinione Maier pag. 87 e Rossel e Mentha I, pag. 363: le liberalità possono avere tali condizioni, che non possono però applicarsi ai beni formanti la riserva legale del figlio. Cfr. pure Zeitschrift für Kunde und Fortbildung des zch. Rechtes XI, pag. 190.

In senso contrario invece la recentissima S.T.F. 63, II, 2. I motivi addotti nei considerandi di questa sentenza sono, in linea di massima, quelli che abbiamo già portato e discusso contro la tesi da noi sostenuta; che non hanno perciò la forza di convinzione di mutare il nostro punto di vista, su questa questione contrario all'opinione del Tribunale federale e della maggior parte dei giuristi svizzero tedeschi. Non è tuttavia da negarsi che nella presente sentenza le considerazioni di ordine d'opportunità (pag. 8: « wäre es höchst unbefriedigend, wenn ... nicht ... ») e, anche, di commiserazione, abbiano avuto una parte preponderante. Ciò nonostante fissato nuovamente lo « status quaestionis » e pesato il pro e il contro, la nostra opinione, tendente alla naturale e giusta protezione del coniuge superstite, è e rimane: che la legittima, come tale, essendo una parte di *patrimonio intangibile*, sottratta alla libera disposizione del testatore, non può mai essere tolta, con un atto unilaterale del coniuge premorto, in condizioni normali, ai legittimi diritti patrimoniali del genitore superstite detentore della potestà.

la legittima abbia a passare al figlio senza alcuna limitazione di diritti per il petente.

Tracciando il parallelo tra le relazioni patrimoniali in forza dell'autorità dei genitori e quelle dell'autorità maritale, paragonando i beni liberi dei figli con quelli riservati della moglie, che godono, in linea di massima, della medesima protezione legale, vediamo affermarsi chiara sui beni riservati della moglie la precisa intenzione della legge: I beni riservati sono costituiti per contratto matrimoniale, *per liberalità di terzi* o per legge. La *porzione legittima* di un coniuge nella successione di un parente non può essergli assegnata a titolo di bene riservato (art. 190). Il legislatore dimostra di non voler assolutamente togliere, almeno sulla legittima, l'esercizio di legittimi diritti. Siccome il principio informatore di questi due istituti è l'uguale, così *non* l'argomento *e contrario, ma* l'argomento *per analogiam* deve essere applicato e accettato. Il silenzio della legge, nella trattazione dei beni liberi, deve essere completato ed interpretato nel senso dell'art. 190, 2.

La conclusione a cui siamo arrivati riveste un'importanza di primo rango nel nostro lavoro. Fra l'altro nuovamente ci dimostra l'efficacia piena ed assoluta della potestà del coniuge superstite.

Il C. c. it. è pure di questa opinione più volte confermata dalla Corte di cassazione. L'art. 229 di detto codice suona: « Non sono soggetti all'usufrutto legale: 1. i beni lasciati o donati colla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto, la quale condizione però sarà senza effetto riguardo ai beni riservati al figlio a titolo di legittima; 2... ». Tale è pure la soluzione ammessa in modo preponderante nella dottrina e giurisprudenza francesi [10]).

Il B.G.B. regola lo stesso caso in modo completamente diverso dichiarando espressamente già nel caso dei beni riservati della moglie, che la sua legittima può formare oggetto di beni riservati (§ 1369). E logicamente i commentatori giungono per analogia alla soluzione contraria alla nostra, per cui cioè la legittima dei figli può essere fatta bene libero dai diritti del genitore.

3. Quanto venne dato al figlio perchè frutti interessi in suo favore lascia senz'altro conchiudere sull'esclusione del godimento legale del genitore, e non abbisogna perciò di altra dichiarazione espressa. Lo stesso vale per quanto fu dato su libretto di risparmio, libretti di deposito presso banche con fine di risparmio (art. 294, 1). I proventi di questi beni, liberi dal godimento del genitore, ricadono e

[10]) Cfr. Maier, pag. 86.

si accumulano nel patrimonio iniziale, e ad esso pure si aggiunge, in linea di massima, tutto ciò che è frutto del suo successivo sviluppo economico (principio di surrogazione).

Il C. C. S. non dice esplicitamente nulla su quanto eventualmente occoresse per far fronte alle spese di mantenimento e di educazione del figlio. L'art. 272, 2 deve però trovare applicazione al caso, anche sui beni liberi del figlio; per cui date le condizioni stabilite [11]), al genitore può essere concesso il diritto sul prodotto o anche un determinato prelevamento sulla sostanza dei beni liberi.

Nel regolare la rendita del lavoro dei figli il C. C. S. procede in un modo molto radicale. Su questo guadagno esso pone due possibilità: o il guadagno appartiene in proprietà al genitore, o è liberato da ogni diritto patrimoniale e completamente a disposizione del figlio.

Il criterio determinante la differenza tra questi due casi è il vivere del figlio dentro o fuori l'economia domestica. Se il figlio lavora, si trova nella casa paterna e conduce vita comune col genitore, colla famiglia, tutto il suo guadagno è proprietà del genitore. Se invece il figlio vive, col consenso del genitore, fuori dell'economia domestica l'intero reddito del suo lavoro gli appartiene in libera ed esclusiva disposizione [12]).

L'economia domestica, la casa paterna che, col mantenimento, offre al figlio tutte le particolarità della vita quotidiana coi suoi parenti, viene dal legislatore messa al centro di questo istituto. Il figlio che abita e lavora fuori di questa sfera, viene sottratto all'influenza del genitore sulle sue relazioni patrimoniali, così che sul suo guadagno, nonostante la minore età, gli compete, entro i limiti della quantità disponibile, completa capacità d'agire. Egli è però sempre dipendente dalla volontà del detentore della potestà, in quanto per poter vivere fuori della economia domestica abbisogna sempre del suo consenso [13]).

---

[11]) Cfr. pag. 27 seg.

[12]) Riservati gli eventuali doveri d'assistenza coi genitori (art. 271 e 328).

[13]) Il Messaggio osserva pag. 36: Si può bensì pensare anche ai casi ove, per una tale disposizione, i figli vengono indotti a separarsi troppo presto dalla comunione colla famiglia. Se però si pensa che questa prescrizione tocca solo i figli sotto la potestà dei genitori, si può confidare che i genitori possiedano sufficiente autorità per far fronte tempestivamente a cattive tendenze in questa direzione. - Non ostante le critiche che si fecero a questo sistema, riteniamo che, per casi normali, questa soluzione semplice sia opportuna.

Quanto il genitore anticipa al figlio sulla sostanza del suo patrimonio per l'esercizio del mestiere o della professione è bene libero, e su questo appartiene al figlio il diritto dell'amministrazione e del godimento (296); a questo patrimonio si aggiunge quanto il figlio guadagna nell'esercizio di tale mestiere o professione. Il figlio risponde con tutti i suoi beni per i negozi giuridici ordinariamente compresi nella regolare gestione degli affari. Per tale gestione autonoma è però sempre richiesto il consenso del genitore; è riservato l'intervento dell'autorità tutoria se può sorgere un pericolo per i beni del figlio.

§ 10. L'AMMINISTRAZIONE

A. Generalità

L'amministrazione dei beni dei figli sorge dalle attribuzioni della potestà dei genitori, e non consiste per questo in una tutela sia paterna o dei genitori. Il legislatore non ha dato regole precise speciali per l'amministrazione, così che il genitore ha oggi una libertà prima sconosciuta: egli detiene liberamente la reale gestione dei beni dei figli, e dirige l'intero andamento dei negozi giuridici come gli pare e piace (art. 290, 2).

Il carattere limitativo di questo diritto è dato dalla natura della potestà che ha come primo scopo la protezione del figlio. Il significato del diritto di amministrazione sta nel mantenere, realizzare, aumentare il patrimonio dei figli. Informandosi poi ai reciproci sentimenti di affetto e di dipendenza che dominano i rapporti tra figli e genitori, l'amministrazione di questi dovrà essere ispirata a quei sani principî che la fanno regolare, coscienziosa ed accurata. Dall'art. 272 al. 2, che non permette ai genitori di fare dei prelevamenti sui beni dei figli, se non in circostanze esattamente determinate e coll'autorizzazione della autorità tutoria, ne segue infatti indirettamente che i genitori devono mantenere e conservare, secondo la loro migliore conoscenza e capacità, i beni del figlio. L'art. 300,3 li rende, con argomento e contrario, responsabili per ciò che avessero indebitamente consumato dal patrimonio dei figli.

La possibilità di un intervento della autorità di tutela che la legge statuisce come un diritto e un dovere « quando i genitori non adempiano ai loro doveri » implica evidentemente a questi l'obbligo di una amministrazione oculata e sagace su tutto il patrimonio del figlio.

B. L'amministrazione del coniuge superstite

Abbiamo ora visto come la legge svizzera conceda, nell'amministrazione del patrimonio dei figli, la più ampia libertà di movimento ai genitori. La stessa è da attribuirsi al valore con cui il legislatore ha stimato il naturale controllo, il reciproco consiglio che i due coniugi, durante il matrimonio, possono vicendevolmente esercitare [1]). Speciali particolarità presenta il caso dell'amministrazione dei beni del figlio da parte del coniuge superstite, dopo lo scioglimento del matrimonio per morte dell'altro coniuge.

La legge ha dovuto in tale caso prendere delle disposizioni adatte, per la regolazione del nuovo stato di cose. Anche i diritti degli Stati a noi vicini hanno ritenuto necessario prendere provvedimenti speciali, al decesso di uno dei coniugi.

1). Legislazioni straniere

Diritto francesc. - Dopo lo scioglimento del matrimonio per morte di uno dei coniugi, il superstite diventa di pieno diritto tutore dei figli sotto la potestà, e riceve la ordinaria amministrazione tutoria (C. c. fr. 390). Il coniuge superstite riunisce, con questo, sulla sua persona la doppia qualità di detentore della potestà e di tutore (art. 372), e viene sottoposto a quelle misure di controllo (inventario, consiglio di famiglia, subrogé-tuteur) che la legge prevede per

---

[1]) Gautschi in S.J.Z. 22,241 : All'entrata in vigore del C.C.S. si stava negli ambienti delle autorità di tutela molto scettici di fronte a questa innovazione — (libertà dell'amministrazione) — e anche Silbernagel nel suo commentario dà la preferenza alla regolazione tedesca, nella quale furono fatte delle vigorose disposizioni protettive in favore dei beni del figlio.

Per fortuna i timori che si erano formulati allora non si sono avverati; oggi, dopo 14 anni di pratica, si può dire che la nuova legge si è completamente affermata, e che i beni dei figli vengono, in generale, bene amministrati dai genitori. Questa situazione giuridica presuppone però una premurosa autorità di tutela, la quale non rifugge, dato il caso, di intervenire decisamente, e che non si lascia scoraggiare se, in certi casi, non trova presso l'autorità giudiziaria la sperata protezione. Condizione è anche un adeguato accertamento e distinzione del patrimonio del figlio nell'inventario dell'art. 291, per mezzo del quale solamente si inculca ai genitori una certa ritrosia di usare ed abusare del patrimonio dei figli come se fosse loro proprio.

la protezione del patrimonio del figlio. Egli deve agire nell'administration légale en bon père de famille e ne è in tale grado responsabile.

Il padre può, nel diritto francese, con atto di ultima volontà e debitamente formulato, nominare alla madre superstite un consiglio di tutela, la cui assistenza le è necessaria per compiere sia alcuni sia tutti gli atti di tutela sui beni dei figli (391 C. c. fr.). Movendo dal principio generale che la madre è meno ben qualificata del padre ad allevare i figli e ad amministrare i loro beni, il diritto francese permette alla madre superstite di rinunciare, di rifiutare la tutela senza alcuna indicazione dei motivi e senza che il consiglio di famiglia abbia a decidere sul suo rifiuto. Ciò non ostante essa conserva ancora la patria potestà sulla persona dei figli, e perde solo l'amministrazione che passa al tutore.

Diritto italiano. - Il coniuge superstite, qualunque sia, rimane amministratore legale, e non viene presa contro di lui alcuna speciale misura di protezione. Le facoltà e attribuzioni dell'amministratore legale sono stabilite e determinate dalla legge (C. c. it. art. 224).

L'art. 235 dispone che il padre può per testamento o per atto autentico stabilire condizioni alla madre superstite per l'educazione dei figli e per l'amministrazione del patrimonio. La madre che non voglia accettare le stabilite condizioni può chiedere di esserne dispensata, secondo una determinata procedura.

Diritto germanico. - Dopo lo scioglimento del matrimonio per causa di morte di un coniuge, il superstite deve compilare un inventario dei beni dei figli esistenti prima della successione e, secondo l'opinione dominante, di quelli che il figlio acquista dopo, fino al giorno della compilazione dell'inventario. Lo scopo di questo inventario è di procurare al coniuge superstite una idea chiara dei suoi diritti sui beni presenti, e al figlio la prova [2]) dell'esistenza di un suo dato patrimonio. Questo inventario contenente tutti i beni che il coniuge superstite ha in amministrazione, munito di una sua dichiarazione scritta circa la sua esattezza e completezza, deve essere presentato al tribunale di tutela (B.G.B. § 1640). Se l'inventario presentato non è ritenuto sufficiente il tribunale di tutela ne può ordinare uno d'officio; e se l'inventario non venne neppure presentato al tribunale sono riservate misure punitive come l'ordinare un inventario pubblico, togliere al detentore recalci-

[2]) Motive zum B.G.B. IV. pag. 743, 777.

trante l'amministrazione dei beni ecc. Questo inventario sarà mezzo di riferimento per il tribunale di tutela se, a causa dell'importanza o della difficoltà dell'amministrazione dei beni, esso debba decidere di nominare alla madre superstite un assistente (Beistand). Il tribunale di tutela è tenuto poi a nominare alla madre uno o più assistenti quando, secondo il suo libero apprezzamento, esistano dei motivi speciali, siano essi circostanze oggettive o anche qualità (difetti) soggettivi, che rendono necessaria questa misura per salvaguardare gli interessi del figlio. Il curatore deve consigliare, aiutare, sorvegliare, nei limiti del suo ufficio, la madre, nell'esercizio della potestà, e comunicare, senza indugio, al tribunale di tutela ogni caso ove necessita un intervento.

Con atto di ultima volontà, il padre detentore della potestà può liberamente nominare alla madre sopravvivente un assistente; egli potrà inoltre validamente determinarle la sfera d'azione, che del resto, si presume estesa a tutte le attribuzioni della potestà.

La madre superstite può inoltre rinunciare, nel diritto tedesco, non solo ai suoi diritti sui beni, come nella legislazione francese, ma anche alla sua potestà sulla persona del figlio. Il diritto germanico, come già vedemmo, si informa al principio di una generale diffidenza sulle possibilità della donna, cerca perciò di venir incontro e favorire tutte quelle limitazioni che ella stessa si offre. Questa ha la facoltà di proporre al tribunale di tutela di nominarle un curatore, e di determinare per sè stessa il campo di attività e le competenze che desidera. Se le fu nominato un consulente essa può chiedere al tribunale di rimettere, in tutto o in parte, l'amministrazione dei beni del figlio al consulente; il tribunale può decidere nel merito e sulla durata del provvedimento. In caso affermativo il consulente diventa rappresentante legale e ha tutti i doveri e diritti di un curatore [2 bis]).

Nel caso di nuove nozze del coniuge superstite si distingue: se è il padre superstite che si sposa, egli mantiene, in linea di massima, di fronte ai figli, la sua legale potestà; se invece la madre superstite si rimarita perde, in modo definitivo, ogni suo diritto patrimoniale dalla potestà (§ 1697) e viene nominato un tutore. Ella può unicamente, col consenso del nuovo marito, diventare tutrice dei figli di primo letto.

[2 bis] Il B.G.B. parla qui di Pfleger che traduciamo curatore, Beistand traduciamo invece con consulente o assistente.

2). Diritto svizzero

I. PRINCIPII GENERALI

I mezzi impiegati dalle altre legislazioni per proteggere i figli, dopo lo scioglimento del matrimonio, sono molto più vari e le misure di precauzione molto più ampie, che nel diritto svizzero.

Anche nella regolazione delle relazioni patrimoniali, il C. C. S., come abbiamo già osservato, è conseguente fino all'ultimo nel principio dell'uguaglianza dei due coniugi di fronte alla legge, e questo anche nel caso di morte di uno dei coniugi. A differenza degli altri diritti, il C. C. S. non ammette alcun intervento speciale dell'autorità riguardo alla madre superstite. Nè il padre gode, come superstite, di una condizione privilegiata e neppure gli è dato il diritto di privare o di limitare, in qualsiasi modo, i diritti patrimoniali della madre superstite. Egli può solo validamente disporre, con dichiarazione espressa, sulla sua quota disponibile, e non però, secondo il nostro punto di vista già espresso sopra, sulla porzione legittima del figlio [3]).

Sulla quota disponibile che dona o lega, in via successoria, al figlio, egli potrà levare i diritti di amministrazione e pure di godimento della madre; tale facoltà non è però da ritenersi come un privilegio del padre perchè spetta, in uguale misura, alla madre.

La legge considera queste facoltà non solo come diritti ma come doveri, e questi, inquadrati in tutto il sistema logico della trattazione, portano alla conclusione della legge la quale non ammette che il padre, non ammette neppure che la madre possa rinunciare, in tutto o in parte, all'esercizio della sua potestà patrimoniale. La legge riconosce ai due coniugi, indistintamente, uguale attitudine ad allevare i figli, e ad amministrare i beni : una dichiarazione di rinuncia o di rifiuto della potestà patrimoniale da parte del coniuge superstite, sia padre o madre, non è valida [4]).

La legge ha stabilito delle misure più limitate, delle direttive speciali per la posizione patrimoniale dei figli con un solo genitore, superstite. Tale regolazione è giustificata dal fatto della mancanza dell'opera integrante e comple-

---

[3]) Cfr. pag. 49 segg.

[4]) Egger, art. 368 2. Silbernagel, art. 273 n. 6 e 285 n. 2, e S.J.Z. 10,316 (Dr. Reichel), e pure dec. della zch. Justizdirektion correttiva della sua vecchia giurisprudenza in S.J.Z. 14,121 e 193.

mentare, dell'azione consultiva del coniuge defunto, e il conseguente successivo stadio di aumentato pericolo e di maggior difficoltà e responsabilità nell'amministrazione dei beni del figlio.

Il capo sesto del Titolo VII in generale, e l'art. 291 in particolare, regolano, per legge, la posizione patrimoniale ordinaria del coniuge superstite coi figli sotto la potestà. Per contratto queste normali relazioni patrimoniali tra genitore superstite e figli possono subire delle modificazioni e attuarsi in modo diverso. E i diversi effetti dei nuovi istituti che possono sorgere (comunione prorogata, indivisione) si manifestano sopratutto nell'amministrazione.

II. LEGISLAZIONI CANTONALI

Gli antichi diritti cantonali, nella loro quasi totalità, possedevano delle norme speciali per il caso di morte di un coniuge. Non essendo ancora riconosciuta l'uguaglianza dei sessi, essi regolavano in modo differente la posizione del padre o della madre superstite [5]).

Nei cantoni di Zurigo, Sciaffusa, Zugo, Svitto, Obwaldo il padre superstite rimaneva tutore naturale del figlio, e perciò il suo diritto d'amministrazione rimaneva, di regola, nella sua primitiva misura. L'ufficio degli orfani (Waisenamt) poteva, su proposta dei parenti del figlio o da sè stesso, richiedere un inventario sull'eredità materna toccata al figlio; e poteva, al caso, imporre al padre di prestare garanzia per i beni del figlio. Al padre era riservato ricorso al tribunale di distretto e da questo al Consiglio di Stato.

Secondo il diritto grigionese il padre era pure tenuto ad amministrare i beni del figlio come un bonus paterfamilias « preoccupato del bene dei suoi figli », dei quali egli era tutore naturale ma non autorizzato però ad alienare o ipotecare immobili senza il consenso dell'autorità tutoria.

Nel Nidwaldo, ove vigevano simili misure protezionali, il padre poteva vendere o onerare gli immobili solo col consenso del consiglio dei parenti (Freundschaft !), che al caso doveva essere completato o sostituito da consiglieri comunali del luogo d'abitazione o d'attinenza del genitore. I cantoni di S. Gallo e Turgovia imponevano, nei loro diritti, al padre di comunicare all'ufficio degli orfani se al figlio toccava un patrimonio. Nel canton Glarona il padre era sottoposto, nell'amministrazione patrimoniale, all'ufficio degli orfani. Il padre doveva tenere esattamente in chiaro

---

[5]) Huber, I., pag. 449 segg.

questa sede sulla forma dell'impiego dei beni, e doveva prestare garanzie se ne era debitore al figlio. In Basilea-città l'amministrazione del padre era sottoposta alle leggi ordinarie per i tutori. Berna prescriveva perfino un inventario come a un tutore. Nei due Appenzello il padre superstite non è tutore legale, ma veniva ordinariamente nominato tutore e trattato come tale quando gli si poteva affidare l'educazione e l'amministrazione del figlio.

In contrapposto ai diritti accennati, le legislazioni dei cantoni della Svizzera francese e del Ticino parificavano la madre superstite, come tutrice legale, al padre superstite. La madre diveniva, per legge, tutrice nei diritti cantonali di Ginevra, Neuchâtel, Friborgo e nel gruppo bernese: Berna, Soletta, Argovia, Lucerna, parimenti Turgovia e, con certe limitazioni, il Ticino; questo aveva la legge sulle curatele che riguardava « i minorenni che sono sotto la patria potestà e che hanno sostanza loro propria » (1846) che prevedeva, tra altro, una sorveglianza dell'autorità di tutela nella compilazione dell'inventario. Soletta, Argovia, Turgovia, Friborgo consideravano la madre superstite propriamente come detentrice della continuata potestà del padre. Gli altri diritti cantonali accennati invece trattavano la madre superstite alla stessa stregua del padre superstite, come tutore.

Vallese e Friborgo ordinavano un inventario dei beni del figlio sottoposti all'amministrazione o all'usufrutto; Friborgo aggiungeva poi una disposizione di legge, che ha ancora mantenuto nelle sue attuali leggi complementari, per cui se entro 42 giorni a datare da quello che il genitore è entrato in possesso dei beni, l'inventario non viene compilato, il giudice di pace, venuto a conoscenza della cosa, fa procedere d'ufficio alla compilazione.

Altri diritti cantonali non conoscevano una vera e propria tutela legale della madre superstite, permettevano però che essa fosse nominata tutrice con atto di ultima volontà del padre (Grigioni, Vaud, Vallese), o che la tutela le fosse affidata dall'autorità (Grigioni, Nidwaldo).

Tra i cantoni rimanenti, alcuni davano all'autorità la competenza di assegnare alla madre superstite, se essa se ne mostrava degna, una posizione che si avvicinava assai a una tutela autonoma (Zurigo, Sciaffusa, Zugo, Obwaldo e, sotto sorveglianza, anche Basilea-Campagna). Le altre legislazioni assegnavano il figlio orfano di padre alla tutela di un terzo.

Il fatto di nuove nozze portava conseguenze svantaggiose specialmente per la madre. Nei cantoni che le affi-

davano la patria potestà o la tutela legale, essa perdeva queste attribuzioni (Berna, Friborgo, Neuchâtel), e veniva nominato ai figli un terzo come tutore.

III. LA REGOLAZIONE NEL C. C. S.

L'art. 291 C. C. S. prescrive che il coniuge che esercita la potestà deve consegnare, dopo lo scioglimento del matrimonio, all'autorità tutoria un inventario della sostanza dei figli e comunicarle ogni rilevante variazione che si verificasse nello stato e nell'impiego della sostanza.

La legge parla, in generale, di scioglimento del matrimonio: entrano perciò in considerazione tutti i casi di scioglimento e cioè morte, (dichiarazione di scomparsa), divorzio, dichiarazione di nullità. Nella nostra trattazione entrano in linea di conto i casi che presentano indubbiamente la maggiore importanza pratica: caso di morte, e caso di dichiarazione di scomparsa di un coniuge. La dichiarazione di scomparsa, anche se forse il coniuge dichiarato scomparso non è realmente morto, produce giuridicamente effetti *come se* egli fosse veramente morto. Per cui lasciandoci condurre dall'animus che informa tutte queste disposizioni ci riteniamo, come abbiamo già detto più sopra, pienamente giustificati a parificare, nella nostra esposizione, i due casi. Questi due casi rappresentano infatti le due possibilità in cui il figlio acquista un patrimonio e in cui, senza delle misure di controllo, senza un inventario, senza certi rendiconti, questo patrimonio sarebbe esposto al più grande pericolo, posto p. es. che il coniuge superstite impiegasse questa sostanza nel suo commercio esponendola così a tutti i possibili rischi e congiunture della sua azienda. La legge, prendendo le mosse da tali considerazioni, ha maggiormente legato e controllato la posizione del genitore superstite come amministratore dei beni del suo figlio sotto la potestà.

a) *L'INVENTARIO DELL'ART. 291*

Le misure dell'art. 291 sono norme positive di diritto coattivo che valgono ugualmente per il padre come per la madre superstite [6]).

1. Lo *scopo* di questa disposizione di legge è, in prima linea, quello di procurare all'autorità tutoria una veduta generale sul modo e la forma dell'amministrazione dei beni

---

[6]) La Società commerciale di Zurigo era contraria alla applicazione di questa disposizione al padre superstite, e voleva l'inventarizzazione solo nel caso di nuove nozze. La proposta non venne accettata. (Anträge und Anregungen z. Vor-Entwurf pag. 28).

del figlio da parte del genitore, e darle con ciò possibilmente facoltà di prendere, con un tempestivo intervento, le misure adatte per proteggere il patrimonio del figlio dalla presenza di un pericolo reale [7]). Questo inventario forma la base principale per stabilire con precisione la misura dei beni che spettavano al coniuge defunto in seguito alla divisione patrimoniale; questa operazione sarà per evitare le incresciose difficoltà di delimitazione che possono sorgere quando i patrimoni si sono mescolati, oppure quando il coniuge superstite è passato a seconde nozze, magari con un coniuge con figli: sorgerà facilmente, in un tale caso, una confusione di patrimoni e serio conflitto di interessi tra i figli del primo matrimonio e coniuge e figli del secondo matrimonio. Sarà poi difficile, e quasi impossibile, determinare i singoli patrimoni del primo e del secondo matrimonio; se anche il coniuge superstite è morto: più nessuno sarà allora presente che possa dare, con cognizione, delle indicazioni sullo stato patrimoniale del primo matrimonio. Tra prossimi parenti sarebbe, con ciò, aperta la via sicura a lunghe e odiose cause processuali.

L'inventario servirà pure come mezzo di prova per il figlio per far valere, eventualmente più tardi, di fronte ai creditori del genitore superstite escusso infruttuosamente o fallito il privilegio del suo credito. Potrà parimenti essere talvolta utile all'autorità d'imposta per stabilire l'imposta d'eredità [8]).

---

[7]) S.J.Z. 14, 229 (Zch. Justizdirektion).

[8]) L'autorità d'imposta dovrà tenere distinte le due operazioni: patrimoniale e ereditaria. Solo su quest'ultima essa imporrà l'imposta ereditaria. Distinzione che deve appunto emergere dall'inventario dell'art. 291. Questo inventario rimane però essenzialmente di diritto civile e non di diritto d'imposta. Scopo degli inventari d'imposta in caso di morte è: 1) avere un mezzo di controllo per stabilire se il soggetto d'imposta morto non ha contravvenuto al suo dovere d'imposta, nei limiti voluti dalla legge (per procedere al caso ad una imposta successiva o ad una multa); 2) come base per la tassazione dell'imposta d'eredità. Gli inventari di diritto civile hanno uno scopo diverso: schiarimento esatto sulla posizione patrimoniale di una persona. Le leggi d'imposta di molti cantoni dispongono che l'inventario non debba farsi, in caso di morte, se si è già proceduto per altri motivi a delle inventarizzazioni, appunto per evitare due vicine e quasi parallele inventarizzazioni. La presenza d'un inventario ufficiale di diritto civile sostituisce, normalmente, l'inventario d'imposta. Lo spirito della legge d'imposta è chiaro però che presupponga che il contenuto di questi inventari di diritto civile sia reso accessibile all'autorità d'imposta per la fissazione della tassazione. L'in-

2. *Modo e forma.* - L'inventario deve dare molto chiaramente un particolareggiato specchio degli attivi e passivi del patrimonio del figlio. Le eventuali operazioni patrimoniali dovranno essere nettamente distinte da quelle ereditarie. Deve essere ben determinato quale parte e quanto tocchi al coniuge defunto in seguito alla divisione patrimoniale.

Per i matrimoni conchiusi prima del 1912 si dovrà stabilire se non sono regolati dall'antico diritto cantonale (Tit. finale C. C. S. art. 9), allora varranno le norme del diritto intertemporale. E pure si dovrà tener conto di eventuali precedenti domicilii matrimoniali in altri cantoni o nazioni che vengono regolate dal diritto intercantonale o internazionale, applicando al caso le disposizioni della L. F. sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dimoranti del 28 giugno 1891.

Se i coniugi, durante il matrimonio, stavano sotto il diritto vigente, del C. C. S., si dovrà allora tener conto del regime dei beni matrimoniali che essi avevano. Nel caso normale, unione dei beni, si dovrà procedere alla divisione del patrimonio secondo gli apporti patrimoniali, aggiudicare ai due coniugi le rispettive parti degli eventuali aumenti, di quanto cioè di attivo rimane dopo la separazione dei beni apportati da ciascuno dei coniugi, pagati i debiti matrimoniali, liquidati i compensi (C. C. S. 212-214) [9]).

---

ventario di diritto civile può dunque servire a fini d'imposta. La presentazione dell'inventario dell'art. 291 all'autorità di tutela, non vale come inventario a' sensi dell'art. 398, e non può perciò sostituire l'inventario d'imposta ufficiale (espressamente affermato nella circolare del Cons. di Stato di Zurigo del 21 dic. 1933: I B 2a e b). Cfr. Hürlimann Fr.: Inventarisation und Siegelung nach den kant. Steuergesetzen der Schweiz (Diss. Zch.) pag. 31, 163 segg. Nei cantoni ove la inventarizzazione ufficiale in caso di morte non è prevista, l'autorità di tutela potrà indubbiamente, dato il caso, comparare e verificare l'inventario dell'art. 291 con l'inventario d'imposta eretto ufficialmente, e stabilire con ciò la sua completezza e veridicità.

[9]) Nel regime di comunione dei beni si può, mediante convenzione matrimoniale, stabilire, nel caso di scioglimento della comunione matrimoniale, un modo di riparto volontario della sostanza comune dei coniugi (226, 1). Le ragioni dei figli sono però tutelate dalla legge, in quanto questa prescrive che, in ogni caso « i discendenti del coniuge defunto non possono essere privati del quarto della sostanza comune esistente al tempo della morte » (C. C. S. art. 226, 2). La legge cerca in tale modo di proteggere gli interessi dei figli di fronte alla li-

Quando questa operazione di divisione dei beni patrimoniali è terminata, allora sulla parte che è risultata appartenente al coniuge defunto, secondo il diritto di famiglia, e che forma la sua eredità si procede alla divisione ereditaria. A questa partecipa oltre i discendenti anche il coniuge superstite. La divisione del patrimonio che forma l'eredità avverrà secondo le norme del diritto successorio, tenendo conto delle disposizioni testamentarie del defunto [10]).

L'inventario, riguardo alla parte definitiva che tocca al figlio in eredità, indicherà non soltanto il valore dei beni ma anche l'impiego dei capitali. Per le carte valori sarà dato il loro esatto valore nominale. Lo spirito che anima tutto questo istituto esige che l'inventario comprenda la totalità dei beni del figlio, perciò, oltre ai beni ereditati dal genitore defunto, anche i beni che gli appartenevano prima dello scioglimento del matrimonio, abbia o non abbia il detentore della potestà su questi il diritto d'amministrazione.

L'erezione di questo inventario, che avviene a spese del detentore della potestà, non abbisogna della forma notarile, neppure è necessario che siano presenti durante la sua compilazione il figlio o dei parenti; esso mantiene il suo *carattere privato* basta che risponda a quegli scopi che la legge gli prefigge.

L'inventario dovrebbe essere presentato all'autorità senza speciale avviso o designazione di un termine [11]). Questo non viene però regolarmente osservato dal detentore della potestà, come afferma Gautschi [12]), anche per la mancanza delle necessarie cognizioni giuridiche per l'erezione. Se un termine per la consegna non è già determinato

---

bertà di convenzione che compete ai coniugi per la spartizione patrimoniale dei beni. Su l'uso di questo diritto allo scopo di favorire il coniuge superstite a danno dei discendenti legittimi cfr. la S. T. F. 53, II, 98: essa vede in ciò un evidente abuso di diritto che non deve essere protetto dal giudice, per il fatto che il contratto falsa lo scopo previsto dalla legge e persegue un fine legalmente proibito.

[10]) Cfr. Dr. Gautschi Walter: Anleitung zur Errichtung von Kindesinventaren nebst Beispielen aus der Praxis, Villmergen 1924.

[11]) I vari progetti del C.C.S. prevedevano che l'inventario dovesse essere consegnato « senza ritardo » (unverweilt). La Commissione del Cons. agli Stati propose la soppressione, che poi avvenne, di queste parole « .... per poter avere qui una più grande elasticità » (Boll. Sten. 15, 1186 segg.).

[12]) Gautschi op. cit. pag. 36.

nella legge complementare cantonale, e se il coniuge superstite non lo presenta prima, l'autorità tutoria fissa liberamente il termine per la consegna dell'inventario. Questo dovere del coniuge superstite sussiste, secondo il diritto svizzero, anche nel caso che il figlio diventa maggiorenne prima della consegna dell'inventario e ciò perchè non sia reso vano ed illusorio lo scopo dell'art. 291 con dei tentativi di rimandare la compilazione e sfuggire così, raggirando la legge, al controllo dell'autorità [13]). Dal momento della consegna dell'inventario all'autorità, l'amministrazione dei beni del figlio vien sottoposta a una certa vigilanza. Dopo lo scioglimento del matrimonio, il detentore della potestà e il figlio non stanno più, nelle loro relazioni, di fronte come parti, ma al posto del figlio, appena si tratta di render conto sul suo patrimonio, subentra l'autorità tutoria [14]).

L'inventario deve essere consegnato alla competente autorità di tutela la quale è, di regola, quella del domicilio dei genitori, riservate le competenze dell'autorità del luogo d'attinenza per i cittadini domiciliati nel loro cantone (articolo 376, 2). Il Tribunale federale osserva in merito [15]): Scopo dell'inventario è l'esame ufficiale. Se l'art. 291 determina per questo come sede per la consegna l'autorità tutoria, non segue da ciò necessariamente che essa, o che essa sola debba assumere l'esame dell'inventario. Tale disposizione permette invece ai cantoni di incaricare l'autorità di vigilanza o dell'esame solo oppure di un nuovo esame. L'articolo 291 statuisce unicamente il principio e non vuol regolare la sede, la competenza, nè le eventuali tasse da pagare.

3. L'erezione e quindi la consegna dell'inventario può avvenire *prima o dopo la divisione ereditaria.*

Se avvenuta *prima* (comunione ereditaria, comunione prorogata, indivisione) da esso risulterà la quota ideale, che spetta al figlio, dell'eredità.

Basta che sia dichiarato tutto il patrimonio, la determinazione della quota ideale non è necessaria; dovrebbe del resto essere stato esercitato il diritto di scelta del coniuge superstite (C. C. S. art. 462, 1), il che non si può esigere. Se si tralascia però la divisione o anche l'accertamento della quota ideale, la responsabilità del genitore e dell'autorità, in sè, si allarga se alla divisione posteriore ne emerge un danno.

---

[13]) S.J.Z. 15,138 (Decis. Cons. di Stato, Zurigo).
[14]) Trüb, pag. 56.
[15]) S.T.F. 58, II, 398.

Se avvenuta *dopo* la divisione ereditaria, risulterà la sua parte ereditaria. Il diritto federale non prescrive che i valori patrimoniali siano da separare secondo la loro provenienza: per stabilire, in base a operazioni, sulla loro provenienza si dovrà, eventualmente, ricorrere a inventari già esistenti.

Per il disbrigo di tutte queste faccende amministrative sul patrimonio si può e si deve, al caso, nominare al coniuge superstite un curatore da parte dell'autorità di tutela. Il Tribunale federale fa, in merito, le seguenti osservazioni [16]): I diritti patrimoniali dei genitori sono già regolati come tali esaurientemente nel Capo 6 del Titolo VII (art. 290-301), però per la protezione degli interessi del figlio che possono, dato il caso, entrare in collisione con essi, valgono evidentemente le disposizioni del Titolo X che tratta della tutela e della curatela. Se dunque, nell'articolo 291, viene prescritto al coniuge detentore della potestà il dovere della consegna di un inventario, senza che in ciò si parli della collaborazione di un curatore o di un rappresentante dell'autorità di tutela (art. 398, 1), ciò non risolve ancora il problema se al figlio sia da nominarsi un curatore per gli atti che precedono l'erezione dell'inventario e intrapresi in nome del figlio. Sono invece qui decisive le disposizioni dell'art. 392 e, al caso, in quanto si tratti della conclusione di un negozio giuridico tra il figlio e il detentore della potestà dei genitori, anche le regole dell'art. 282. *L'art. 291 non esclude per nulla l'applicazione dell'art. 392.*

Le autorità di tutela, fondandosi su tali considerazioni, hanno cominciato, già in molti luoghi, a nominare regolarmente ai figli un curatore coll'incarico di compilare col coniuge superstite l'inventario dell'art. 291 e presentarlo all'autorità; sopratutto quando sono quei negozi giuridici, liquidazioni patrimoniali, che rendono necessaria la nomina a sensi dell'art. 392, 2 C. C. S. Non esistendo però nei singoli casi concreti delle collisioni d'interessi, il coniuge superstite è unicamente autorizzato a decidere: autorità e curatore devono stare alla sua decisione [17]).

---

[16]) S.T.F. 38, II, 446. Praxis 3 n. 29.

[17]) Un caso speciale dal Monatschrift für bern. Verwaltungsrecht u. Notariatswesen Bd. 33, pag. 459: Quando una donna la cui successione fa oggetto d'inventario pubblico lascia come eredi suo marito e i figli minorenni, l'autorità tutoria può dare un curatore ai figli e chiedere al padre, se egli continua gli affari della defunta, di prestare delle garanzie a' sensi dell'art. 585,2 C.C.S.

4. Pure essendo privato, l'inventario presentato deve essere esatto e completo, perchè solo così l'autorità può raggiungere quel grado di conoscenza delle faccende patrimoniali del figlio che possono garantire un controllo efficace e, al caso, un tempestivo intervento. In tutti i casi pertanto in cui l'autorità ritiene l'inventario inveritiero o insufficiente, o ha dei dubbi sulla sua completezza può ordinare, se esiste un probabile pericolo per i beni del figlio, in forza dell'art. 297, al posto dell'inventario privato, la *compilazione* di un *inventario ufficiale*. Tale misura può essere parimenti ordinata se il coniuge superstite si mostra renitente, in quanto non presenta l'inventario nel termine fissatogli dall'autorità [18]); se il diritto cantonale non lo prevede espressamente, non potranno però per questo essere inflitte delle multe.

L'inventario privato dell'art. 291 perde quasi completamente la sua importanza pratica in quei cantoni che, facendo uso della competenza loro concessa dal diritto successorio, nell'art. 553, 3, ordinano l'inventario ufficiale in tutti i casi di morte, o in tutti i casi di scioglimento di matrimonio per morte di un coniuge.

L'inventarizzazione ufficiale generale (pensata sopratutto per tutti i casi di morte del *diritto d'imposta)* la prevedono i cantoni: Argovia, Appenzello esterno, Basilea città, Basilea campagna, Berna, Ginevra, Lucerna, Sciaffusa, Soletta, Vaud. Turgovia prevede inoltre (E.G. 80) l'inventarizzazione ufficiale « se il coniuge superstite al quale compete la potestà dei genitori sui figli minorenni, non consegna (offen), entro 30 giorni dopo la morte dell'altro coniuge, all'ufficio dei pupilli un inventario privato (art. 291 C. C. S.) sul patrimonio dei figli ». Berna estende l'obbligo di erezione di un inventario ufficiale con stima (E. G. 60 n. 4) « se è morto il padre o la madre e sono presenti i figli minorenni ». Inoltre il § 1. del Decreto del Granconsiglio bernese del 10. 12. 1918, in esecuzione della Legge sulle imposte dirette statali e comunali del 7. 7. 1918, prevede la inventarizzazione ufficiale per *tutte* le persone soggette all'imposta che muoiono nel canton Berna. Zurigo possedeva come Berna l'inventario ufficiale dell'autorità tutoria

---

[18]) Egger, art. 291 n. 3. Silbernagel, pag. 215. - S.J.Z. 13, 107 Justizdirektion St. Gallo che poi continua: se lo stato degli attivi e dei passivi non si lascia sufficientemente stabilire in questo modo, l'ufficio degli orfani è autorizzato, in nome dei figli minorenni a richiedere l'inventario pubblico. Della stessa opinione cfr. Monatschrift für bern. Verwaltungsrecht 1922, pag. 76.

nel caso di premorienza di un coniuge rilasciante figli minorenni (E. G. 126 n. 4). Su proposta della Familienväterinitiative, per ragioni d'imposta, questa disposizione di legge venne abolita in votazione popolare (13 aprile 1913). Ticino prevede pure l'erezione di un inventario notarile su diffida dell'autorità di tutela (L. C. art. 40, 2) [19]) .

L'inventario ufficiale potrà presentare maggiore sicurezza e chiarezza sulla situazione patrimoniale del figlio, all'autorità e garantire un esito di controllo più valido. Se venne compilato un inventario ufficiale o pubblico, l' inventario privato può, senz'altro, riferirsi alle operazioni di quelli ed essere corrispondentemente fatto in modo più corto, se la sua erezione è ugualmente richiesta dall'autorità.

L'inventario ufficiale non dovrebbe, per sè, escludere la presentazione dell'inventario del figlio dell'art. 291, in quanto quest'ultimo deve contenere a proposito dei rapporti patrimoniali tra figlio e genitore delle precisazioni più determinate. Prescindendo dai mezzi di esecuzione, esiste una distinzione essenziale tra l'inventario ufficiale e privato nel loro scopo. L'*inventario* vuole dare, se *ufficiale,* esatti ragguagli sull'*intera situazione* patrimoniale, sull'intera eredità al momento della devoluzione ereditaria: per avere una base sicura e solida per tutte le successive operazioni di diritto successorio. L'*inventario privato* del figlio invece ha un preciso scopo diverso: egli vuole *unicamente* informare sulla *situazione patrimoniale del figlio* e dare con questo praticamente all'autorità di tutela le necessarie conoscenze per un opportuno controllo sull'amministrazione di questo patrimonio; in tale modo non è reso vano il dovere di comunicare le variazioni in questo patrimonio previsto, come vedremo, pure dall'art. 291. Non ostante questa distinzione tra i due inventari, in molti luoghi praticamente, se venne compilato un inventario ufficiale o pubblico, l'inventario privato non viene più richiesto, perchè non ritenuto necessario. Infatti, benchè esista la distinzione formale, l'inventario ufficiale comprende, contiene, tutti quei dati necessari e sufficienti per l'inventario del figlio. Le autorità di diversi cantoni hanno addottato il punto di vista che, se il patrimonio del figlio è, in certo modo, determi-

---

[19]) Nel cantone dei Grigioni il progetto di legge per l'inventarizzazione ufficiale in caso di morte, respinto dal popolo nel 1921, veniva nuovamente respinto, nella sua forma modificata, nella votazione popolare del 9 maggio 1937.

nabile nell'inventario ufficiale, questo basti. L'agire del coniuge superstite e le sue eventuali responsabilità potranno poi sempre essere accertate in base ai mutamenti avvenuti nel patrimonio risultante dall'inventario ufficiale.

Per principio, nel caso normale di figli minorenni, sotto la potestà del coniuge superstite, la divisione reale, essendo un rapporto essenzialmente interno e intimo tra gli eredi, non può essere chiesta dall'autorità; essa potrà al più domandare delle garanzie. Se perciò non venne eseguita una divisione reale totale (patrimoniale + successoria), l'inventario privato non può portare molto di nuovo diverso da quello già contenuto nell'inventario ufficiale.

Di solito l'inventario ufficiale contiene l'elenco puro e semplice dei vari oggetti patrimoniali e anche la loro origine; una liquidazione patrimoniale completa non è però sempre richiesta. Comincia ora tuttavia a diventare pratica delle autorità di tutela di ordinare al notaio o al funzionario incaricato della compilazione dell'inventario ufficiale, di procedere pure alla liquidazione patrimoniale per avere una maggiore chiarezza; la divisione ereditaria, se non voluta dagli eredi, viene naturalmente sospesa. Se ora l'inventario ufficiale venne eretto con questi criteri, non sbaglia l'A. t. a soprassedere o rinunciare all'inventario privato. Se però dall'inventario ufficiale non risulta possibile il calcolare la liquidazione patrimoniale, e il patrimonio del figlio — (se mancano gli elementi indispensabili: apporti del coniuge defunto, i suoi crediti verso il superstite, la misura degli aumenti durante il matrimonio e la loro spartizione secondo il regime dei beni) — allora l'inventario privato del figlio è necessario, per rendere più chiara la situazione e salvaguardare i diritti del figlio in caso di posteriori confusioni di patrimonio (nuove nozze p. es.). *L'art. 291 è,* indubbiamente, *incompleto* e sopratutto le sue relazioni con articoli con scopo e significato analoghi non vennero mai sufficientemente precisate. Nel caso concreto la « ratio » di tutto l'istituto e la particolare legislazione cantonale sono le direttrici. La pratica delle autorità di tutela non è però sempre la migliore e non va dimenticato che questa anche se costante non scuserebbe, dato il caso, la loro responsabilità quam bonus paterfamilias.

La forza di prova processuale dell'inventario privato si determina secondo il libero apprezzamento del giudice.

b) *L'OBBLIGO DI COMUNICARE OGNI RILEVANTE VARIAZIONE NEL PATRIMONIO*

La legge, come complemento della misura dell'inventario prescrive che il coniuge superstite deve comunicare all'autorità di tutela ogni rilevante variazione che si verificasse nello stato e nell'impiego della sostanza dei figli [20]). Ogni aumento o diminuzione notevole del patrimonio deve venire comunicata.

All'autorità deve essere comunicata ogni rilevante variazione non solo nello stato del patrimonio, ma, su giusta proposta Wyss [21]) accettata dal Consiglio Nazionale, anche nell' *impiego* di questo patrimonio. Pertanto se il detentore della potestà vende dei fondi del figlio o vende dei titoli sicuri (titoli di Stato o buone obbligazioni di banche) per comperarne altri più vacillanti e rischiosi (azioni, titoli speculativi), oppure impiega denaro del figlio nei suoi affari, esso dovrà, in ogni caso, comunicare all'autorità questi fatti. Anche in questo caso, pur non essendo ancora subentrata una diminuzione di patrimonio, è sempre presente un pericolo per gli interessi del figlio.

La legge non vuole prescrivere al genitore il dovere di un rendiconto periodico come a un tutore: norme speciali sono lasciate alle ordinanze cantonali [22]). Questi rapporti vengono presentati all'autorità tutoria perchè ne *prenda nota; una approvazione* espressa della stessa *non è richiesta* [23]). L'art. 291 non prescrive che il detentore debba chiedere il consenso dell'autorità tutoria per variare lo stato o l'impiego della sostanza, o in generale per conchiudere validamente un atto che è poi tenuto a comunicare; a lui incombe l'obbligo in seguito alle modificazioni avvenute di comunicare le stesse all'autorità. L'autorità tutoria ha il diritto, se ritiene presente un pericolo, di domandare al genitore di presentare il patrimonio del figlio per ac-

---

[20]) La « Société industrielle e commercielle » di Losanna aveva domandato che questa espressione « modificazione rilevante » fosse meglio definita. La sua definizione è oggi lasciata alle ordinanze cantonali.

[21]) Boll. Sten. 15,764.

[22]) Resoconto periodico lo possono chiedere le autorità tutorie. La Zch. Justizdirektion prescrive al coniuge superstite una comunicazione (rapporto) all'autorità ogni due anni: la autorità tutoria tiene a tale scopo una « Kindesvermögenliste » (Bericht pro 1913, pag. 15). Basilea-Città ordina che tale indicazione deve avvenire ogni anno (E.G. § 61).

[23]) S.J.Z. 14,229 (Zch. Justizdirektion). Rossel e Mentha I 361. Curti-Forrer, art. 291 n. 8. Silbernagel 217. Tuor 215.

certare se e come esiste: questa misura, che non incide ancora nei diritti dei genitori, non esige che la presenza di un pericolo oggettivo sia strettamente provata. Se viene constatata una violazione dei doveri, l'autorità interviene e, come misura di sicurezza secondo l'art. 297, può far dipendere dal suo previo assentimento certe modificazioni, e atti importanti di amministrazione.

IV. DISPOSIZIONI CANTONALI COMPLEMENTARI AL C. C. S.

Le norme complementari cantonali sui diritti dei genitori ai beni del figlio si limitano quasi unicamente a completare l'art. 291. Tutte queste disposizioni devono essere considerate solo come norme, indicazioni, direttive a cui si può connettere, eventualmente, sanzioni di puro carattere amministrativo, disciplinare (Ordnungsvorschriften). Questa non è una vera e propria materia lasciata alla *legis*lazione cantonale: le norme emesse dai cantoni hanno un fondamento nel diritto federale solo in quanto servono a precisarlo, a chiarificarlo, diremo quasi, effetti dichiarativi non costitutivi di diritto positivo. Il compito di controllo dell'autorità è facilitato e avvalorato dove viene regolarmente provveduto all'esecuzione, molto diversa nei vari cantoni, dell'art. 291. Nei cantoni delle grandi città ove l'autorità di tutela è bene organizzata, esso viene interpretato e applicato con grande meticolosità; in altri cantoni invece detto articolo è a malapena conosciuto. Le disposizioni cantonali in merito hanno pure un valore relativo: perchè anche qui altra è la teoria, altra è la pratica. Abbiamo spesso constatato un po' ovunque come, non ostante le chiare e precise norme cantonali, la pratica, nell'applicazione dell'art. 291, si lascia condurre da principî piuttosto primitivi, d'una semplicità forse tradizionale ma non sempre opportuna.

Daremo quì i diversi modi d'applicazione dell'art. 291, sopratutto l'importanza e il valore dell'inventario privato nei diversi cantoni più interessanti [24]). Un apprezzamento

---

[24]) Siamo grati di tutte le indicazioni seguenti agli uffici delle autorità di tutela delle varie città, che assai cortesemente risposero alle nostre domande d'informazioni del seguente tenore:

Tit. Vormundschaftsbehörde der Stadt

Betr. Frage über Art. 291 ZGB.

Ich arbeite an einer Dissertation im Familienrecht, worin ich mich besonders am Art. 291 ZGB. interessiere.

giuridico generale sui vari procedimenti lo riserviamo trattando delle responsabilità.

Una stima officiale nell'inventario privato non è, generalmente richiesta, il diritto cantonale può renderla obbligatoria.

Basilea-Città regola in modo molto preciso questo campo. Se vien sciolto un matrimonio dal quale esistono figli, l'autorità di tutela deve essere avvisata, in caso di morte o di dichiarazione di scomparsa, dall'ufficiale di stato civile (E. G. § 60, 2). Dopo lo scioglimento del matrimonio, l'autorità di tutela invita, a mezzo di apposito formulario — a cui è allegata una istruzione sul modo di amministrare, secondo la legge, il patrimonio dei figli da parte dei genitori — il coniuge superstite, detentore della potestà, a dichiarare in iscritto se, all'infuori della parte all'eredità del genitore, non esiste già patrimonio del figlio minorenne (p. es. cassa di risparmio, assicurazione sulla vita ecc.), e nel caso affermativo chiede la consegna di un elenco di questo patrimonio in due copie. Uno di questi esemplari ritorna al genitore colle eventuali osservazioni dell'autorità, l'altro rimane negli atti dell'autorità.

L'inventario deve corrispondere alle norme dell'istruzione (cifra 7 al. 2, 3 e 4): Queste norme prescrivono che gli oggetti del patrimonio devono essere singolarmente riferiti e provvisti di stima. Gli immobili devono essere esattamente descritti, e se sono nel cantone Basilea-Città si deve indicare il numero di parcella, la via, l'area e la somma dell'assicurazione contro gli incendi. Per i beni mobili, riservate speciali disposizioni dell'autorità, basta numerazione e stima per categorie (p. es. mobili, biancheria, abiti, biblioteca). Le carte valori, oltre una precisa determinazione (numero del titolo, tasso d'interesse, scadenza degli interessi, termine di disdetta o di rimborso,

---

Ich möchte Sie um einige Auskünfte anfragen, und ich wäre Ihnen dankbar wenn Sie mir umgehend mitteilen würden:

1. Die praktische Anwendung vom Art. 291. Das heisst gestützt auf welche Kriterien Sie die Richtigkeit und Vollständigkeit dieses privaten Inventars feststellen. Ev. Verhältnisse mit den Steuerbehörden. Wenn ein amtliches oder öffentliches Inventar schon vorhanden ist, verlangen Sie immer noch das private Kindesinventar ?

2. Wird die Schätzung streng durchgeführt, und wird der überlebende Ehegatte bei der Rückleistung streng daran gehalten ?

3. Gibt es neue kantonale Kreischreiben oder Anweisungen darüber ? *P.P.*

garanzie ecc.), devono portare il valore nominale e di corso (§ 95, 2). Per i beni di risparmio l'inventario deve portare il nome della banca e il numero del libretto, e pure per assicurazioni sulla vita, il nome della società, l'importo d'assicurazione, il numero di polizza e il termine di scadenza.

L'inventario deve essere provvisto dall'assicurazione del detentore della potestà della sua completezza e esattezza, colla sua firma, per cui ne è responsabile (simile B. G. B. § 1640).

Se sussistono dei dubbi sulla veridicità o completezza dell'inventario l'autorità di tutela può ordinare, col consenso dell'autorità di vigilanza, l'erezione di un inventario ufficiale (per mezzo della segreteria del tribunale civile o di un notaio) a spese del patrimonio del figlio, e, se risultano gravi errori, a spese del detentore della potestà (§ 62, 2 e 3) [25]).

Coll'invito a presentare l'inventario privato, l'autorità rende attento il coniuge superstite sul suo dovere di comunicare all'autorità ogni rilevante variazione nello stato e nell'impiego della sostanza. Questa comunicazione esatta, in doppio, avviene ogni anno, previo regolare invito su apposito formulario (§ 61).

L'autorità tutoria nomina ai figli minorenni come rappresentante, se avviene la divisione dell'eredità, un curatore, il quale deve consegnare all'autorità tutoria per la approvazione il contratto di divisione. Liquidata l'operazione egli viene rilasciato.

Se il patrimonio del figlio importa più di fr. 5000.— l'autorità tutoria lo comunica all'autorità d'imposta. La stima viene di solito lasciata fare al detentore della potestà.

Basilea-Città prevede (E. G. § 136) l'inventarizzazione ufficiale per tutti i casi di morte. Gli inventari ufficiali o pubblici si riferiscono comunemente solo al patrimonio dei genitori; l'autorità tutoria richiede perciò, *in ogni caso,* la consegna di un inventario sul patrimonio del figlio.

Zurigo ordina (E. G. § 58) che, dopo lo scioglimento del matrimonio, il coniuge detentore della potestà sul figlio ha da consegnare all'autorità tutoria, entro tre settimane, un inventario sul patrimonio del figlio. Per motivi sufficienti l'autorità tutoria può prolungare questo termine.

---

[25]) Egger qui osserva giustamente: non esiste il minimo dubbio che tale diritto, anche senza speciale disposizione (cantonale), spetta all'autorità tutoria parimenti solo col C.C.S. (art. 297).

Nel canton Zurigo viene, di regola, nei casi di morte eretto un inventario dall'ufficio d'imposta. Nel caso dell'art. 291 questo serve come base all'inventario che il coniuge superstite deve consegnare; esso viene però completato riguardo ai rapporti patrimoniali ed ereditari (calcolo degli apporti bilaterali nel matrimonio, separazione degli aumenti, considerazione del valore di rimborso delle assicurazioni sulla vita, elenco particolareggiato e stima dei beni mobili, ecc.).

Se il coniuge superstite non adempie il dovere di presentare l'inventario, o se ci sono dei motivi che fanno ritenere l'inventario presentato incompleto o inesatto, oppure se il coniuge lo propone, l'autorità tutoria erige un inventario ufficiale. In realtà l'inventario da presentarsi dal coniuge superstite, viene quasi sempre compilato dall'autorità tutoria, perchè chi è tenuto a presentarlo, per lo più, non sa come fare un inventario: esso viene compilato basandosi il più possibile su documenti probatori; giuridicamente non vale però come inventario ufficiale.

A differenza p. es. dalla regola di Basilea-Città, nel canton Zurigo se venne eretto un inventario ufficiale, in forza di norma positiva di legge (E. G. § 58, 4), si estingue il dovere di presentare un inventario privato.

L'inventario che deve essere consegnato in doppio su appositi formulari, deve contenere una chiara veduta generale sullo stato patrimoniale del figlio, e un esatto elenco delle attività e passività. In questo formulario come avvertenza, prima dell'inventario propriamente detto, stanno alcune domande a cui il coniuge superstite deve rispondere: se esiste una disposizione a causa di morte e, nel caso affermativo, il suo completo tenore; se esiste una assicurazione sulla vita o, nell'eventualità, una contro gli infortuni e, al caso, l'indicazione della somma, della Società, del numero di polizza, l'avente causa e il valore di rimborso il giorno della morte; se il defunto apparteneva a qualche cassa speciale (ammalati, soccorso, vedove, orfani) e l'eventuale somma dell'importo pagato; se esiste un contratto matrimoniale o patrimoniale speciale, e l'eventuale tenore.

L'inventario deve poi essere compilato secondo un dato ordine. Gli attivi anzitutto: immobili, con unito un estratto dal registro fondiario, in tale caso l'inventario viene comunicato per la revisione all'ufficio del registro fondiario (§ 91); le carte valori con tutti i dati necessari; i crediti; i beni mobili con stima: essi vengono però stimati molto basso, circa per l'importo che potrebbe essere ricavato da

un'asta; denaro contante; diversi, somme d'assicurazione, quote ereditarie e simili. Poi i passivi: ipoteche, pegni, debiti con diritti privilegiati, debiti correnti, fideiussioni. Si devono poi fare i conti e stabilire l'eccedenza attiva o passiva. Infine saranno ancora indicati i beni di risparmio e liberi del figlio. Il tutto, con eventuali allegati, deve essere inoltrato munito di firma del detentore e provvisto della dichiarazione di veridicità e completezza del documento. Come salutare ammonimento il formulario regolare porta pure le eventuali sanzioni contro errori cagionati da colpa o dolo (§ 95), che prevedono una multa fino a franchi 1000.— o detenzione fino a tre mesi (riservata la responsabilità secondo il diritto civile).

La Direzione di Giustizia ha più volte con delle circolari dilucidato certi punti di procedura, e chiarificato altri campi controversi; ciò nonostante questo è ancora un campo che in letteratura e pratica è stato trattato in un modo molto insufficiente.

Con una lettera circolare del 15 dicembre 1911 la Direzione di Giustizia osserva su questo tema: L'inventario del patrimonio del coniuge defunto (E. G. § 126 cifr. 4) è da estendersi a quello del coniuge superstite, se non è possibile stabilire il primo senza aver stabilito il secondo. Conseguentemente l'inventarizzazione sul patrimonio del defunto non potrà mai comprendere quello del superstite, se i coniugi vivevano in regime di divisione dei beni, e in nessun caso comprenderà i beni riservati del coniuge superstite. Gli uffici di tutela sono tenuti, alla morte del primo coniuge, di accertarsi, domandando al gerente del registro dei beni matrimoniali, se i coniugi vivevano sotto un regime di beni straordinario e, al caso, sotto quale... Il coniuge detentore della potestà deve comunicare alla autorità tutoria, conforme all'art. 291, ogni rilevante variazione nello stato e nell'impiego della sostanza. Siccome qui esiste il pericolo che il genitore obbligato tralasci questo rapporto, gli uffici degli orfani sono tenuti a farsi dare ogni due anni una relazione in merito.

Sulla natura e l'estensione di questo obbligo, la stessa Direzione rispondeva, alla domanda della riunione dei Bezirksratsschreiber se questi rapporti del detentore della potestà sullo stato e l'impiego della sostanza fossero presentati all'autorità tutoria perchè essa ne prenda nota solamente o perchè li approvi, in data 13 maggio 1916, nel modo seguente [26]): L'autorità tutoria deve confrontare i

---

[26]) Cfr. S.J.Z. 14, 299 segg.: passo già citato (pag. 70).

rapporti sullo stato e l'impiego della sostanza, inoltrati dal coniuge obbligato, coll'inventario consegnato prima, e sottoporli ad una accurata e completa verifica, in base poi a ciò e alle circostanze speciali del caso concreto conchiudere se al genitore superstite può essere lasciata ancora l'amministrazione senza limitazioni, oppure se, a' sensi dell'art. 297, siano da ordinare misure protettive del patrimonio. Se dopo questo esame viene espressa l'approvazione del rapporto o ne venne solo preso nota, ciò è materialmente e formalmente senza importanza; nell'un caso come nell'altro l'autorità tutoria è responsabile se, colpevolmente, ha tralasciato di prendere quelle misure per la protezione del figlio che erano richieste dalle determinate circostanze. Però sarebbe molto più da raccomandare il semplice prendere nota dei rapporti del genitore, come meno ampia misura, che non la loro espressa approvazione. Parimenti nella stessa circolare viene sottolineato il fatto, che il detentore non deve domandare all'autorità tutoria l'autorizzazione per conchiudere validamente un atto che è tenuto a segnalare. Questa istituzione, come già abbiamo visto, non vuole menomamente intaccare il diritto di rappresentanza del detentore della potestà. La Direzione osserva: L'art. 291 non limita il diritto di disposizione del genitore, esercitante la potestà, sul patrimonio del figlio, ma esprime unicamente il dovere del coniuge in questione di dare, in seguito, comunicazione all'autorità tutoria delle modificazioni subentrate, e di orientarla sullo stato e lo impiego della sostanza del figlio.

Esiste ancora uno scritto della Direzione di Giustizia del canton Zurigo dell'11 marzo 1935, dato come risposta a una domanda concreta di un segretario dell'ufficio di tutela di un comune. Lo stesso dice: « Ci avete domandato delle informazioni più precise per sapere fino a qual punto l'autorità tutoria possa andare nell'esame dell'inventario del genitore a' sensi dell'art. 291. Specialmente desiderate sapere se l'autorità può chiedere la presentazione delle carte-valori e dei documenti probativi sugli attivi e passivi, e eventualmente chiedere la presentazione dei libri dei conti.

La Direzione di Giustizia non ebbe mai ad occuparsi, in nessun ricorso, con questa questione. Da informazioni ci risulta che l'autorità tutoria di Zurigo, in questi ultimi tempi, si fa presentare le carte-valori e documenti su attivi e passivi, e questa pratica può indubbiamente ritenersi autorizzata a norma del § 58,3 della E. G. al C. C. S. L'inventario è un elenco degli attivi e passivi del patrimonio del figlio. Spesso potrà precedere una divisione del patrimonio dei genitori e una divisione ereditaria, per le quali

secondo gli art. 392, cifr. 2 e 282 C. C. S. deve essere nominato al figlio un curatore. Il curatore, come rappresentante del figlio, può richiedere ogni schiarimento e controllo nei rapporti patrimoniali, anche nei libri dei conti. Se come parte costitutiva dell'inventario sul patrimonio del figlio viene consegnato un inventario sull'eredità indivisa di un genitore defunto, allora potranno eventualmente essere usati come documenti probativi i libri dei conti, se questo appare necessario per l'esame dell'esattezza e completezza dell'inventario. In ogni caso devono però, in ciò, essere tutelati gli interessi alla segretezza di tali libri contabili di fronte a concorrenti. Membri dell'autorità che sono loro stessi concorrenti non devono partecipare; gli altri membri e il segretario comunale o dell'ufficio degli orfani sono strettamente tenuti al segreto professionale. In merito all'altra vostra domanda se si possa opporsi a delle spese troppo alte per monumenti sepolcrali, mantenimento di tombe, nell'inventario del genitore, si deve rispondere, in linea di massima, in senso affermativo, però qui le autorità non dovranno essere troppo grette ».

Berna, come abbiamo già visto, prevede (E.G. 60 n. 4) per il nostro caso particolare l'erezione dell' Inventario ufficiale. Di regola non viene più richiesto l'inventario privato, se c'è quello ufficiale. A questo viene parificato l'inventario ufficiale previsto dalla legge e decreto sulle imposte (cfr. pag. 67), coi medesimi effetti. L'autorità tutoria di Berna richiede però comunemente dal funzionario che compila l'inventario ufficiale che oltre l'elenco dei beni abbia ad indicare la loro provenienza e, se appena possibile, le operazioni di divisione patrimoniale.

Lucerna prevede pure l'inventarizzazione ufficiale. Il contratto di divisione secondo l'art. 634 C. C. S. vale come inventario. L'autorità si basa semplicemente sul rapporto del curatore nominato ufficialmente, il quale nuovamente si fonda sulle informazioni dell'autorità di divisione. Un inventario privato, nel cantone Lucerna, è perciò superfluo. L'attività delle autorità di tutela, in condizioni ordinarie, è piuttosto ritenuta. Il coniuge superstite, detentore della potestà, viene però periodicamente invitato al rapporto, secondo un formulario speciale, al quale è allegato una istruzione per l'amministrazione. L'inventario deve contenere la stima degli immobili, e la stima o la somma d'assicurazione dei beni mobili, capitali e pure eventuali debiti. Se ci sono dei figli superiori ai 16 anni, devono pure firmare l'inventario. Il rapporto contenente ogni diminuzione o aumento del patrimonio deve essere inoltrato all'autorità ogni due anni, con indicazioni veritiere e mu-

nito di firma. Se si dubita sulla esattezza o completezza dell'inventario, o se questo non venne consegnato, la direzione di tutela ordina l'erezione di un inventario pubblico. Il formulario rende inoltre attento il coniuge sul § 42 della legge penale poliziaria che prevede una multa fino a franchi 150.— e detenzione da 1 a 50 giorni per chi non adempie un ordine legittimo di una autorità legale.

Analogamente a quella di Basilea-Città, l'istruzione concernente l'amministrazione del patrimonio del figlio da parte dei genitori, sottolinea esplicitamente la proibizione per i genitori di toccare il patrimonio del figlio senza la approvazione espressa dell'autorità tutoria, dietro domanda scritta motivata.

L'autorità detiene per maggiore facilità di controllo, a Lucerna, una speciale Kindesvermögenliste.

S. Gallo, applicando l'art. 291, accerta il patrimonio del figlio, nei casi ove non si tratta solo di capitali, nella forma di un *accordo*, ponendo le domande contenute in un apposito formulario per il protocollo dell'inventario. Il coniuge superstite, ammonito davanti all'ufficio di dare delle indicazioni veritiere, deve rispondere all'autorità: quale patrimonio il defunto ha apportato nel matrimonio; se al defunto è toccato, durante il matrimonio, un'eredità o una donazione; se aveva una assicurazione sulla vita: in che cosa consista l'eredità, e gli aumenti (art. 214); se e quanto sia la sostanza della moglie; se il coniuge superstite sceglie, dell'eredità, il quarto in proprietà, o la metà in usufrutto; se esistano passivi, che richiedono, in nome dei minorenni, la rinuncia dell'eredità. Con questo pratico modo l'autorità è subito orientata sullo stato patrimoniale.

Se il defunto pagava imposte su un patrimonio, l'autorità nomina ai figli minorenni un curatore (C.C.S. 392, 2) col compito di consegnare all'ufficio degli orfani uno stato del patrimonio coll'atto di divisione ereditaria. Esistendo, per qualunque motivo, un inventario pubblico o assicurativo (art. 553), lo stato patrimoniale del curatore deve concordare collo stesso. Di regola non si fanno altri passi. La stima dei beni mobili non viene eseguita (E.G. art. 48).

Sciaffusa ordina la compilazione di un inventario da parte dell'autorità tutoria in tutti i casi di morte. Il patrimonio presente del figlio viene, nell'inventario, prodotto pro memoria. In queste condizioni il canton Sciaffusa, fino ad oggi, non ha rilasciato alcune più precise norme di esecuzione all'art. 291, così che non avvengono rapporti alcuni sullo stato e sull'impiego dei beni del figlio; questa

mancanza venne già sentita, non vennero però fatti finora dei passi per introdurre questo resoconto. L'autorità tutoria, per questo, si aiuta richiedendo, in molti casi in cui non sono del tutto date le condizioni previste, la prestazione di garanzie per il patrimonio del figlio. Attualmente esistono a Sciaffusa 40 casi di tali garanzie [27]).

Soletta prescrive in ogni caso di morte, se il defunto rilascia un patrimonio, l'erezione obbligatoria di un inventario ufficiale; l'Amtsschreiberei provvede, di regola, a questa compilazione entro due mesi dalla morte. L'autorità tutoria può, se lo ritiene opportuno, domandare al giudice competente, in nome dei figli minorenni, l'inventario pubblico. L'autorità tutoria rappresenta il minorenne all'erezione dell'inventario, sia esso ufficiale o pubblico; il patrimonio del figlio viene sempre assicurato o preso subito in custodia dall'autorità di tutela. Se ci sono degli immobili, l'assicurazione avviene sotto forma di ipoteca sull'immobile, che viene però unicamente annotata nel registro fondiario. Se i mezzi sono troppo scarsi, l'autorità prescinde dall'assicurare il patrimonio, ma si riserva un diritto di credito obbligatorio. Date queste particolari condizioni il valore dell'art. 291 nel canton Soletta è, praticamente, insignificante.

Nel canton *Friborgo* il giudice di pace compila d'ufficio l'inventario dei beni del figlio se il coniuge che esercita la potestà dopo lo scioglimento del matrimonio non l'ha consegnato entro 42 giorni a datare dal giorno in cui ebbe la potestà, dopo la morte dell'altro, oppure se l'inventario consegnato viene dichiarato dal giudice di pace incompleto o difettoso. L'inventario è fatto in due esemplari, dei quali uno è deposto negli archivi della giudicatura di pace, l'altro conservato dal genitore.

Vaud (art. 70) ha pure una analoga disposizione, ma statuisce il termine di consegna a 20 giorni.

Ticino prescrive che per l'erezione dell'inventario della sostanza appartenente ai figli minorenni non occorre la partecipazione di un membro della Delegazione tutoria, nel caso di esercizio della patria potestà da parte di un solo coniuge. Le attività, che devono essere contenute nell'elenco esatto dell'inventario, vanno distinte in beni mobili — per cui dei capitali e dei titoli devono essere precisati la natura e il luogo dove essi sono depositati, e degli altri mobili la stima approssimativa — e in beni immobili, per cui devono

---

[27]) Lettera dell'autorità tutoria di Sciaffusa-Città del 15 febbraio 1937.

essere indicati il luogo dove essi giacciono e il rispettivo numero di mappa e, ordinariamente, il valore ufficiale di perequazione. Le passività devono essere esposte in modo che risulti chiaramente precisata la loro natura. L'atto si stende su apposito foglio (Formulario E). In caso di mancata presentazione o di ritardo nell'erezione dell'inventario, la Delegazione tutoria può prendere le misure opportune e chiedere all'Autorità di vigilanza l'erezione dell'inventario pubblico. Praticamente, come avviene in molti altri cantoni, il rendiconto periodico, dopo la consegna dell'inventario, non viene mai richiesto, nè tanto meno consegnato spontaneamente [28]).

Nel cantone dei *Grigioni* si esige, solitamente, l'inventario; l'esame dello stesso non viene eseguito con criteri di eccessiva minuziosità. Per la sua compilazione non esistono (neanche nella città di Coira) dei formulari speciali. Si richiede però formalmente al coniuge superstite la veridicità dell'atto che deve contenere un chiaro compendio dello stato patrimoniale del figlio; una stima speciale non è domandata. Il rapporto periodico si chiede quando succedono notoriamente dei mutamenti rilevanti nei beni del figlio. Tutto però avviene con larghi principî di tolleranza e di riservatezza.

Nei cantoni che non hanno una organizzazione burocratica molto grande questa norma di legge viene applicata piuttosto « alla buona »; non c'è da meravigliarsi se molte autorità tutorie, praticamente, completamente ignorano tale disposizione.

Uri, Svitto, Zurigo, Appenzello esterno, Glarona e pure Friborgo prescrivono, con norma di legge quasi uguale, che l'ufficiale di stato civile debba comunicare all'autorità tutoria le nuove nozze del coniuge superstite che ha figli minorenni. Altri cantoni, come abbiamo già visto, completano e integrano l'efficacia dell'art. 291 con disposizioni di diritto successorio.

---

[28]) Il « Manuale sulle tutele » compilato a cura del Dipartimento dell'Interno del canton Ticino, 1914, osserva a pag. 69: Egger propone ai cantoni l'introduzione, in via amministrativa, del rapporto periodico. Noi non crediamo che si possa arrivare fino a questo punto senza forzare la lettera e lo spirito della legge; se non è provata la necessità, ciò sarebbe come trascendere la volontà del legislatore quando non esistono queste variazioni; e sarebbe eludere la legge quando le variazioni avvengono molto tempo prima della scadenza della periodicità dell'obbligo. - La consegna avviene in doppio esemplare.

La sanzione prevista per l'art. 291 sta nella responsabilità del genitore che da esso, come vedremo, può sorgere e sopratutto nella vigilanza continua da parte dell'autorità tutoria, con le misure patrimoniali protettive, in caso di violazione dei doveri del genitore, che essa può ordinare (art. 297 e 298 C. C. S.).

Il compito del genitore e quello dell'autorità tutoria procedono distinti, senza toccarsi, ma paralleli. Quando il genitore, violando i suoi doveri, non mantiene più la sua condotta lineare, allora avviene l'incrocio delle due potestà: l'autorità tutoria interviene. Vigilanza ritenuta, impercettibile, intervento autoritario solo, normalmente, in potenza, ma pronto sempre a tradursi in atto all'occasione giusta.

V. CASI SPECIALI

Come caso normale per l'erezione e per la presentazione dell'inventario abbiamo considerato quello che avviene dopo la regolare divisione patrimoniale ed ereditaria: quando la sostanza del figlio può essere determinata e precisata in modo concreto. Succede però spesso che gli eredi del coniuge defunto non volendo una divisione dell'eredità vivono nella comunione ereditaria che sorge, per legge, dalla pluralità d'eredi. Ogni coerede può in ogni tempo domandare la divisione. La stessa può però essere differita temporaneamente per mezzo di convenzione *senza forma* [29]); la comunione ereditaria può poi effettivamente essere mantenuta se nessun erede ne domanda la divisione. In tale caso l'inventario dovrà essere compilato prima della divisione: il patrimonio del figlio consiste in una parte della eredità indivisa. L'inventario deve estendersi a tutto il patrimonio ereditario, allo scopo di stabilire la quota agli aumenti. Si indica pure, al caso, la porzione ereditaria che al figlio spetta, questo però unicamente se il coniuge superstite ha già usato del suo diritto di scelta per l'eredità: atto del quale egli non può, in nessun caso, essere costretto dall'autorità (art. 462).

Anche senza procedere alla divisione dell'eredità, gli eredi possono passare dalla comunione ereditaria, per mezzo di *contratto*, a una forma di comunione, forse, più adattata. Queste forme speciali meritano, benchè, in ogni caso, da noi avvengano molto raramente, un accenno speciale nella trattazione dei rapporti tra coniuge superstite e figli minorenni.

---

[29]) Tuor, pag. 371.

Comunione prorogata. - Se i coniugi, nel matrimonio, hanno scelto il regime della comunione dei beni, esiste un diritto di proprietà così stretto tra loro, e dopo la morte di uno la continuazione della comunione tra il superstite e i figli è così naturale o può offrire vantaggi tali, che il legislatore svizzero ha ripreso l'istituto della comunione prorogata. Invece di procedere alla divisione che avrebbe forse come conseguenza la liquidazione onerosa di una impresa industriale, agricola o commerciale, che il coniuge superstite può perfettamente dirigere, col concorso e nell'interesse dei figli nati dal matrimonio, o piuttosto che, in altre circostanze, dividere intempestivamente, la legge autorizza il mantenimento dello stato di cose anteriore. Scopo della communio bonorum prorogata è di evitare i gravi inconvenienti che la divisione della sostanza dei coniugi può avere come conseguenza specialmente nelle aziende agricole o artigiane. Essa non si fonda su alcun obbligo legale, ma su libera convenzione, su un contratto tra partecipanti (coniuge e figli) che *non abbisogna* di alcuna *forma* speciale. Il contratto deve avere come contraenti da una parte il coniuge superstite e dall'altra i figli comuni, che possono essere in parte o tutti ancora in minore età. I figli minorenni abbisognano del consenso dell'autorità tutoria, la quale avrà come direttrice il loro interesse economico e il bene comune della famiglia. L'autorità può dare un consenso condizionato a certe misure protettive, e può anche rifiutare e far valere, al caso, per i figli le loro pretese ereditarie.

Gli effetti di questo contratto si dimostrano nel fatto che i beni della sostanza coniugale rimangono intatti e uniti come beni della comunione, non si procede a nessuna divisione ma tutto viene sospeso; nella comunione cadono inoltre le rendite e i guadagni dei partecipanti, eccettuata la sostanza riservata e, salvo contrarie disposizioni, le eredità e le altre donazioni gratuite appartenenti alla sostanza riservata (C. C. S. 229-230).

Il capo della comunione coi figli minorenni è il genitore superstite, sia padre o madre; a lui appartiene molto liberamente il diritto di amministrazione e disposizione sui beni della comunione [30]) e la rappresentanza. Nell'amministrazione di questa proprietà comune il coniuge superstite ha, in linea di massima, la posizione giuridica del marito e i figli quella della moglie nella comunione dei beni ma-

---

[30]) « Poichè il diritto di collaborazione dei figli è assorbito dalla potestà dei genitori » (Gmür, 667).

trimoniali. Il coniuge superstite risponde per *tutti* i debiti, il figlio solo per i debiti anteriori del defunto.

I figli possono, in ogni tempo, uscire dalla comunione: l'autorità tutoria agisce per i minorenni. La comunione prorogata può essere sciolta per legge (art. 233: morte o nuove nozze del coniuge superstite, fallimento del coniuge superstite o dei figli), per sentenza del giudice se il creditore rimasto perdente nella procedura di pignoramento contro il coniuge superstite o contro uno dei figli ne domanda lo scioglimento. In caso di scioglimento della comunione la divisione avviene secondo la situazione patrimoniale in quel momento (ex nunc), e non in base a quella al tempo della morte del coniuge defunto (ex tunc).

Nel caso di comunione prorogata, incombe analogamente al coniuge superstite, come nei casi normali, il dovere di compilare un inventario, che deve essere presentato prima della divisione del patrimonio comune. Esso deve contenere l'elenco della sostanza riservata dei figli e perciò intangibile; devono inoltre essere inventariati nella loro totalità tutti i beni compresi nella comunione. L'inventario di tutta la sostanza comune è opportuno perchè dà all'autorità tutoria un orientamento sull'andamento generale dei beni della comunione, serve come punto di riferimento per le divisioni reali definitive che seguiranno, e per stabilire la sua quota ideale di patrimonio nella comunione. L'autorità, osservando la gestione economica della comunione, potrà, date le circostanze, dichiarare l'uscita dei figli minorenni dalla comunione, pericolante o precaria, oppure, a' sensi dell'art. 297, prendere delle misure di sicurezza e nominare al figlio un tutore per l'esecuzione della liquidazione.

Indivisione. - Istituto simile alla comunione prorogata è possibile anche nel regime dell'unione dei beni. In questo caso le masse patrimoniali che si liquidano colla morte di un coniuge devono essere raccolte assieme nella indivisione, si deve, diremo noi, mantenere, continuare legalmente la comunione ereditaria: questo colla costituzione di una indivisione tra il coniuge superstite e i figli coeredi (o coeredi in generale) [31]).

Nel regime di unione dei beni la sostanza matrimoniale viene sciolta colla morte di un coniuge, e la comunione

---

[31]) Curti, art. 336: Per indivisione s'intende nella dottrina la comunione di beni tra parenti. L'indivisione è uno dei casi di applicazione della proprietà « in mano comune » (coniuncta manu, zu gesamter Hand), ove la quota che appartiene a ciascuno dei partecipanti è silente, sospesa, latente nell'indivisione.

domestica esplica effetti patrimoniali solo nel dovere di mantenimento del genitore superstite, e nel suo diritto di godimento della sostanza dei figli. La liquidazione patrimoniale ed ereditaria della sostanza coniugale può avere dei gravi svantaggi per la famiglia: aziende agricole o industriali, che formarono la base economica della comunione domestica, dovrebbero essere vendute e spartite, mentre il coniuge superstite è forse in grado di continuare bene l'azienda. La legge, per questo, permette la conclusione di un contratto di indivisione tra i coeredi, la cui costituzione, secondo la sua origine famigliare, avviene generalmente tra parenti, fratelli, in modo speciale tra genitori e figli, e sopratutto tra coniuge superstite e figli se prima vigeva il sistema dell'unione dei beni [32]).

L'indivisione può essere costituita mediante contratto col mettere insieme dei beni: caso questo raro e praticamente di poca importanza. L'altro, il caso comune e per noi di essenziale importanza, quello in cui il coniuge superstite e i figli lasciano indivisa l'eredità o parte di essa, continuando nella comunione ereditaria, la proprietà comune dell'eredità indivisa. La comunione ereditaria esiste per legge, l'indivisione può essere costituita solo per *contratto* con forma speciale: si richiede per la sua validità l'*atto pubblico* firmato da tutti i membri o dai loro rappresentanti. Per i figli minorenni deve collaborare l'Autorità tutoria. Se questi requisiti di forma necessari mancano, l'indivisione non esiste, ma ci sarà, per mezzo del rimando della spartizione ereditaria, una comunione ereditaria continuata, e ad ogni coerede spetterà sempre l'azione di divisione (art. 604).

La gestione degli affari dell'indivisione dovrebbe essere curata in comune da tutti i partecipanti. Alla presenza di figli minorenni che non possono partecipare alla gestione comune, verrà nominato un capo dell'indivisione, che in questo caso sarà, di regola, il coniuge superstite essendo lo scopo dell'indivisione appunto stato quello di creargli la possibilità di continuare l'azienda comune. Egli rappresenta l'indivisione in tutti gli affari che la interessano nei rapporti esterni; nei rapporti interni tale facoltà può essere più limitata, secondo convenzione.

Anche in questa forma speciale di comunione domestica, la posizione del coniuge superstite, come capo della indivisione, è abbastanza libera, deve tuttavia presentare un inventario sulla sostanza dei figli — come nel caso di comunione prorogata — prima della divisione ereditaria.

---

[32]) Cfr. Egger, art. 336, 2a.

L'inventario dovrà contenere tutti i beni del figlio, liberi o riservati, esistenti. Il resto del suo patrimonio consisterà in una frazione dell'eredità indivisa. Nell'inventario dovrà figurare l'intera eredità, e dovrà essere indicata o determinabile la parte d'eredità che spetta al figlio.

Casi speciali dopo la morte di un coniuge, che hanno però quasi nessuna importanza dottrinale in questo lavoro, sono dati se il coniuge superstite coi figli forma una società semplice con un contratto con mezzi e fini particolari. La autorità tutoria agisce, decide e risponde per i figli minorenni.

§ 11. IL GODIMENTO

Godimento è il diritto reale, esclusivo e intrasmissibile [1]) di trarre i frutti dal patrimonio dei figli — allargato dalla facoltà di disporre liberamente, in date circostanze, anche sulla sostanza di certe parti costitutive di questo patrimonio — che spetta ai genitori *per legge* in forza della loro posizione giuridica famigliare [2]). Esso si estende a tutti i beni non liberi del figlio finchè egli è minorenne, raggiunta la maggiore età esso si estingue e passa, in via normale, al figlio stesso [3]). Questa dipendenza del diritto di godimento dal perdurare della potestà è un importante punto di contrasto coll'usufrutto ereditario del coniuge superstite su una parte ereditaria del figlio, che non viene menomato dalla maggiore età del figlio nè dalla privazione della potestà, ma dura, riservata la norma dell'art. 473, 3, fino alla morte dell'autorizzato. Il godimento, diritto personalissimo del genitore, è da considerarsi come un diritto complementare, un'emanazione della potestà, che appartiene al genitore, per legge, anche se questi fu privato della potestà senza sua colpa.

La legge chiama ad arte questo diritto godimento (Nutzung, jouissance) e non usufrutto (Nutzniessung, usufruit). Il diritto di godimento presenta delle profonde differenze coll'usufrutto, è regolato da disposizioni speciali,

---

[1]) Il diritto dei genitori di godimento sui beni dei figli non è trasmissibile nè come tale, nè nel suo esercizio e con ciò non è neppure pignorabile nè in sè, nè nel suo sfruttamento (S.T.F. 51, III, 221).

[2]) Cfr. Trüb, Op. cit. pag. 161.

[3]) Le disposizioni del diritto civile cantonale che prevedevano un godimento dei genitori sui beni dei figli più lungo che fino alla maggiore età, sono state abolite dal C.C.S. (S.T.F. 55, II, 78).

e solo le regole generali dell'usufrutto valgono, per analogia, anche per esso. Esso dà ai genitori facoltà di trarre i frutti dalle cose e dai diritti appartenenti al patrimonio del figlio, e di godere tutti i vantaggi che può dare l'uso di questi valori patrimoniali: dal suo carattere di diritto famigliare sorgono le variazioni coll'usufrutto [4]). A norma dell'art. 300 la misura delle responsabilità per la restituzione è uguale a quella di un usufruttuario; in questo punto, come ancora vedremo, godimento e usufrutto sono dalla legge messi sullo stesso piano. Per tutte le altre disposizioni il parallelo deve essere tracciato con grande prudenza badando alla differenza della loro natura giuridica, e tenendo, in linea di massima, conto che la posizione giuridica del coniuge superstite coi figli è molto più libera di quella di un comune usufruttuario. Egli infatti deve prestare garanzie solo se lo ordina l'autorità tutoria, manifestandosi un pericolo per la sostanza (art. 297, 2).

Il detentore inoltre, in forza della sua facoltà di amministrazione e di rappresentanza, rappresenta in giudizio e fuori giudizio l'intero patrimonio del figlio e non solo i frutti dello stesso; il godimento come diritto personalissimo non è mai trasmissibile, contrariamente all'usufrutto cedibile nel suo esercizio. La differenza tra godimento e usufrutto è ancora profondamente marcata dal fatto che il contenuto del diritto di godimento è molto più ampio, e dà al detentore della potestà il diritto, date certe condizioni, di disporre della sostanza stessa del patrimonio senza essere per ciò tenuto al risarcimento (art. 300), ciò che mai avviene per l'usufrutto nel cui concetto giuridico è insito il carattere « salva rerum substantia ».

A differenza dell'amministrazione trattasi qui di un diritto che spetta al genitore nel suo proprio interesse, e che dovrebbe, in un certo senso, costituire il corrispettivo alle spese di educazione e di mantenimento del figlio. La

---

[4]) Trüb, pag. 73: Il diritto di godimento è l'espressione patrimoniale propria del principio del mantenimento dei genitori. Altro l'usufrutto: esso persegue unicamente il vantaggio economico dell'usufruttuario, e appare come un diritto costruito nell'interesse egoistico dell'autorizzato. - E a pag. 148: Non può essere sufficientemente sottolineato che il godimento è un diritto che nasce dalla posizione dei genitori come detentori della potestà; che esso non esiste solo per i genitori, per forse procurare loro, come avviene nell'usufrutto, un vantaggio economico, ma che il diritto esiste nell'interesse della comunione stessa tra genitori e figli, in quanto i prodotti tratti dai beni dei figli, in prima linea devono venire usati per portare gli oneri matrimoniali.

legge (art. 293), in linea primaria, determina che il prodotto della sostanza del figlio deve essere anzitutto — contrariamente all'usufrutto — usato dal genitore per il mantenimento del figlio; e solo se ed in quanto ci sia una rimanenza questa torna a diretto vantaggio del genitore, in quanto egli solo, dopo la morte dell'altro, sopporta gli oneri della comunione: di questo sopravvanzo egli può farne l'uso che vuole. Se come eredità del suo compagno defunto, il coniuge superstite sceglie la metà in usufrutto (art. 462), egli avrà, in base all'art. 292, se i figli sono minorenni, il godimento anche sull'altra metà e si avrà una combinazione dei due istituti. Quando i figli avranno raggiunto la maggiore età, o il genitore sia stato colpevolmente privato dalla potestà, allora il diritto di godimento si estingue e rimane invece solo il diritto d'usufrutto ereditario. « Fino a quel momento però una divisione delle due masse patrimoniali non sarebbe giustificata nè da fini giuridici, nè pratici » [5]). Tuor invece [6]) vede in una eventuale divisione tempestiva il mezzo per raggiungere un opportuno scopo giuridico e pratico. Giuridico: per la chiarificazione dei due rapporti regolati da norme differenti; pratico: per avere nettamente determinata quella parte di patrimonio (usufrutto ereditario) sulla quale esiste già in caso di nuove nozze, su domanda dei coeredi, l'obbligo di prestar garanzie da parte del coniuge superstite (art. 464).

Il figlio risponde col suo patrimonio per le sue obbligazioni (art. 280), e i diritti dei terzi prevalgono su quello di godimento del genitore.

Il godimento cessa, normalmente, per la maggiore età, emancipazione, morte del figlio, privazione della potestà con colpa del genitore. Nel caso di nuove nozze il coniuge superstite non perde necessariamente questo diritto, anche se privato della potestà, appunto perchè il fatto di nuove nozze non costituisce ancora un contegno colpevole: grave abuso della potestà o seria violazione dei doveri di genitore.

Nelle *legislazioni cantonali,* dopo la morte di un coniuge, il godimento apparteneva al superstite; per la madre di regola però solo dove per lei continuava la potestà o dove era tutrice dei figli. Passando a nuove nozze ella perdeva, di solito, tale diritto: per il superstite subentravano, indistintamente, in tale caso, misure di restrizione protettive. Ad imitazione del diritto francese in certi cantoni

---

[5]) Bindschedler, pag. 77.
[6]) Komm. Erbrecht, Art. 462 n. 51 e art. 464 n. 5.

romandi e Basilea-Città era prescritto che il prodotto del godimento fosse impiegato, in prima linea, per le spese di mantenimento e d'educazione del figlio.

Il diritto francese accentua pure la differenza tra jouissance e usufruit. Anzitutto il padre è autorizzato a disporre della jouissance; dopo lo scioglimento del matrimonio questo diritto spetta al superstite senza distinzione tra padre e madre. La jouissance cessa per morte, emancipazione del figlio; essa, pur essendo dipendente e legata alla potestà, si estingue col compimento del 18.mo anno d'età del figlio, in contrapposto alla potestà che dura fino alla maggiore età (C. c. fr. art. 384). Il godimento legale che appartiene al coniuge superstite, gli conferisce un diritto proprio assomigliante, sotto certe restrizioni, a quello dell'usufruttuario (Bordeaux, Code civil 151).

Il diritto tedesco conferisce, durante il matrimonio, unicamente al padre detentore il godimento. Solo dopo lo scioglimento esso può appartenere, con le stesse norme come per il padre (§ 1686), alla madre, su richiesta sua al tribunale di tutela (§ 1685, 2). Il diritto tedesco considera il godimento come fondato sulla potestà dei genitori; i doveri d'educazione e di mantenimento del figlio invece non li considera come oneri del godimento, ma solo come conseguenze della parentela. Nel suo esercizio il godimento è trasmissibile. Nel caso di nuove nozze: la madre perde la potestà e con essa il godimento, il padre invece non viene menomato.

Nel *diritto italiano* l'usufrutto legale, ordinariamente esercitato dal padre, passa alla sua morte, colle stesse norme, alla madre. Esso è gravato dei pesi che corrispondono al nostro art. 293 (C. c. it. art. 230). Cessa col passaggio del genitore ad altre nozze (C. c. it. art. 232).

B) - *La protezione degli interessi patrimoniali del figlio*

§ 12. L'INTERVENTO DELL'AUTORITA'

Col dare al coniuge superstite dei diritti molto vasti e una posizione, nei riguardi di altre legislazioni, assai libera ed indipendente, il legislatore pur non doveva, con questo, perdere di vista l'interesse di quel soggetto il quale appunto perchè incapace e indifeso maggiormente poteva risentire della troppa libertà del genitore: il figlio. L'intervento dell'autorità regolato dalla legge in generale e che

vale durante il matrimonio, presenti entrambi i coniugi, è analogicamente da interpretare ed applicare per il caso del coniuge superstite con figli. Scopo di tutto il sistema è la protezione degli interessi patrimoniali del figlio.

Colla medesima generalità ed elasticità suscettibile delle più svariate forme ed applicazioni, come nelle misure protettive personali, l'art. 297 statuisce il diritto e il dovere dell'autorità tutoria di prendere le *opportune misure* di protezione se i genitori abusano dei loro diritti sui beni del figlio. Con questa ampia ed estesa formulazione, con questa varietà grande di forme e di tempi possibile il compito dell'autorità di intervenire d'ufficio è, teoreticamente, facilitato. L'applicazione pratica del principio presenta però difficoltà tali che concretamente si dovrà spesso domandarsi se queste norme così vaghe siano le più opportune, e se l'autorità sia sempre all'altezza, per avvedutezza e decisione, di creare tempestivamente un intervento efficace per la protezione dei beni del figlio.

1. *LE OPPORTUNE MISURE DI PROTEZIONE*

L'al. 1 dell'art. 297 le prevede, con determinazione molto generica, per il caso di violazione dei doveri da parte del genitore. Violazione di doveri, abuso di diritti, dice la legge, con tutta la gamma di variazioni e di possibilità che possono praticamente succedere, e che giustificano un intervento dell'autorità, anche se non è presente una colpa del genitore. Il pericolo oggettivo, cioè quello stato in atto, o fondatamente temibile di una perdita totale o parziale del patrimonio, di una deteriorazione od occultamento che ne renda poi più difficile la restituzione, serve, per lo più, di norma per l'intervento. Un intervento è senz'altro possibile nel caso di violazione dei doveri, anche senza che esista un vero pericolo per i beni del figlio: quando p. es. il genitore non presenta o compila un inventario inesatto, non per pregiudicare le ragioni del figlio, ma solo col fine di evitare l'imposta. Violazione dei propri doveri presuppone dunque un contegno del genitore che offende una norma di legge o un principio generale che avrebbero per lui dovuto essere decisivi: questo avverrà quando egli userà dei propri diritti in modo irregolare o negligente, o non li usa anzitutto per lo scopo voluto, oppure quando cerca di sottrarsi a quel minimo di sorveglianza che vuole la legge (291, 282, 272, 2).

L'autorità dovrà scegliere la misura più adatta per ovviare o riparare la violazione commessa e, secondo il caso, dare dei semplici consigli, indicazioni o istruzioni, prescrivere un determinato agire, la consegna di un nuovo

inventario, di conti periodici e, nel caso di un'applicazione ingiustificata dell'al. 2 dell'art. 272, ferme restando le altre misure possibili per evitare tali appropriazioni in futuro, la restituzione immediata: per maggiore sicurezza potrà qui essere richiesto l'inventario ufficiale.

« Se si manifesta un pericolo per la sostanza dei figli » l'al. 2 dell'art. 297 prevede delle misure speciali. Per l'impiego di tali misure la generale indeterminata possibilità di pericolo non basta, neppure si richiede che il pericolo sia già subentrato, è da ritenersi necessario e sufficiente il fatto che il patrimonio del figlio si trovi oggettivamente in pericolo; ciò è possibile anche senza colpa del detentore; del resto non sempre un contegno colpevole significa pericolo per i beni del figlio.

Alla morte di un coniuge un pericolo patrimoniale può manifestarsi sotto le più diverse e svariate maniere: grave negligenza, nessuna capacità d'amministrazione, nuove nozze del superstite, il suo fallimento [1]) o la sua insolvibilità, l'intenzione manifesta di portare il domicilio all'estero per sfuggire al controllo dell'autorità.

In tutti i casi di pericolo possibili l'autorità deve intervenire e ordinare una delle misure seguenti, secondo le circostanze :

a) *Sorveglianza identica a quella imposta a un tutore.* Anche con questa prima misura la legge lascia all'autorità grande libertà di scegliere e applicare un rimedio aderente ed efficace specialmente al caso concreto. Con questa determinazione, noi riteniamo che il legislatore ha tracciato, con mano sicura [2]), una buona norma. Compito del legislatore civile è di regolare, nel modo migliore, le relazioni tra i vari individui; ora, mai come nel diritto di famiglia, queste relazioni si fondano su un rapporto, su un legame tutt'affatto particolare, che richiede che l'opera del legislatore sia cauta, delicata, plastica. La dottrina e la giurisprudenza preciseranno il suo significato e valore. Una autorità che applichi e interpreti con intelligenza questa prescrizione dà garanzia di buoni risultati. Del resto qual-

---

[1]) S.J.Z. 15, 152, Dec. Cons. di Stato di Soletta.

[2]) Su questo punto differiamo profondamente da Maier (pag. 67) che giudica questa disposizione imprecisa e insufficiente, e si dilunga in polemica confortante la sua affermazione e per confutare Bindschedler (pag. 135) la quale pensa che con una tale misura si ottiene sull'amministrazione dei figli lo stesso risultato protettivo come colla privazione della potestà.

che sporadico abuso, qualche caso di insufficiente capacità non giustifica una disapprovazione generale a tutta la norma di legge.

L'autorità tutoria potrà, con ciò, richiedere dal coniuge superstite, oltre l'inventario privato, l'inventario dell'articolo 398, potrà pure imporgli di tenere la contabilità dell'amministrazione, e di rendere periodicamente conto (413, 2), al caso, completare o correggere questi conti (inventario pubblico). Gli art. 421 e 422 che fanno dipendere necessariamente alcuni atti dal previo consenso dell'autorità di tutela o di vigilanza sono indubbiamente applicabili, secondo lo spirito di tutto il sistema, anche per il coniuge superstite.

b) *Prestazione di garanzie.* Mentre l'art. 290 prescrive che, nel caso normale, il genitore non è tenuto nè a render conto nè a prestare garanzie, l'art. 297 prescrive espressamente, nel caso di pericolo per i beni, la possibilità di obbligare il genitore a prestare garanzie come misura di sicurezza. Il legislatore adotta il punto di vista delle legislazioni cantonali anteriori.

L'autorità decide sul modo e sulla misura di queste garanzie, le quali potranno consistere in un deposito di carte valori presso l'autorità stessa (nelle cosidette Depositalkasse) oppure presso una banca, nella costituzione di un pegno o di una ipoteca [3]). Il C. C. S. non dà significato sussidiario alla prestazione di garanzia: essa viene considerata come una misura a sè stante che può venire applicata, come succede spesso, indipendentemente da qualunque altra. L'autorità di tutela potrà, se il coniuge superstite mostra renitenza ai suoi ordini, fare assicurare dal giudice civile l'esecuzione obbligatoria del decreto emanato nell'ambito delle sue competenze. Se l'agire del detentore è in urto alla legge cantonale d'introduzione o penale, potranno anche essere inflitte delle multe.

c) *Nomina di un curatore.* L'art. 392 al. 2 prevede la nomina di un curatore quando gli interessi del minorenne sono in collisione con quelli del rappresentante legale, e l'art. 282, come caso speciale di applicazione dell'art. 392, lo prescrive espressamente, per certi negozi giuridici, nei rapporti tra genitore e figlio.

---

[3]) Il Trib. fed. (38, II, 756) riconobbe come lecito il togliere alla vedova la sostanza dei figli finchè non fosse prestata garanzia per la stessa, sotto comminatoria della nomina di un curatore qualora tale garanzia non fosse prestata.

Già abbiamo visto come, non ostante l'art. 291 non prescriva in termini generali la nomina di un curatore per la erezione dell' inventario, tale nomina può tuttavia venire ordinata a' sensi dell'art. 297 per l'esecuzione di atti giuridici di natura successoria, precedenti l'erezione dell'inventario, ove si manifesti un pericolo per i beni del figlio. L'insufficiente regolazione dell'art. 291 viene così, in parte, completata dall'art. 297. L'art. 297 dà la possibilità di nominare un curatore al coniuge superstite per sorvegliare la sua amministrazione patrimoniale. Questo venne sopratutto usato nei confronti della vedova, è però ugualmente applicabile nei confronti del padre superstite. Il curatore *non* esclude, non elimina però la potestà e con essa i diritti patrimoniali: egli è soltanto un organo di consulto e di sorveglianza. Le sue funzioni vengono definite in modo chiaro e categorico dal Trib. fed. [4]): La disposizione dell'art. 297 al. 2 sulla nomina di un curatore (che non era contenuta nei progetti presentati all'Assemblea fed. e venne solo aggiunta dalla Commissione parlamentare di redazione) è applicabile solo in quanto non contraddice al principio dell'art. 298. Secondo l'art.290 C. C. S. i genitori, finchè detentori della potestà, hanno il diritto e il dovere di amministrare i beni del figlio; per cui, il diritto di amministrazione dei beni del figlio forma una parte costitutiva essenziale dei diritti dei genitori, e questo diritto, come espressamente dice l'art. 298, può essere tolto ai genitori solo in unione colla privazione della potestà. Secondo l'art. 297, 2 può perciò essere nominato un curatore, *solo* con speciale autorizzazione per certe determinate azioni, come è previsto nell'art. 282 (per negozi giuridici dei figli coi loro genitori, o con terzi in favore dei loro genitori). Una curatela permanente per l'amministrazione o la rappresentanza della sostanza dei figli non può esistere, eccetto il caso che la curatela miri unicamente alla *sorveglianza* sull'amministrazione dei genitori della sostanza del figlio o di una parte di questa. Senza la privazione della potestà, secondo gli articoli 285 e 298, l'amministrazione della sostanza del figlio rimane ai genitori anche colla nomina di un curatore secondo l'art. 297, 2. Il curatore può solo assisterli col suo consiglio e sorvegliare l'amministrazione per l'autorità.

Il curatore può essere nominato, ma non in antitesi all'art. 298: egli non può essere investito di poteri tali da sopprimere in tutto o in parte i diritti d'amministrazione spettanti per legge al detentore della potestà, che devono

---

[4]) S.T.F. 51, II, 362 - 38, II, 17.

restare intatti. La sua funzione consiste nell'essere collaboratore, consulente del detentore, magari inesperimentato e malpratico; in una sorveglianza esatta e continua, e nel suo obbligo di rendere subito attenta l'autorità in ogni caso ove un intervento si manifesta necessario, per salvaguardare i beni del figlio. Se la nomina del curatore, la sua sorveglianza e i suoi rapporti si accertano insufficienti, l'autorità dovrà prendere all'uopo altre misure più radicali.

2. *PRIVAZIONE DEI DIRITTI PATRIMONIALI*

Art. 298, 1: i genitori possono essere privati dei loro diritti sui beni dei figli *solo* in unione colla privazione della potestà, e il Trib. fed. conclude che il seguito dell'art. dimostra che per « diritti sulla sostanza la legge intende non solo la riunione dei diritti di amministrazione e di godimento, ma anche il diritto di amministrazione considerato isolatamente » (S. T. F. 38, II, 19 - 51, II, 361).

La legge considera il diritto di amministrazione come un attributo così essenziale della potestà da non poterne essere separato, e che non può, perciò, essere tolto al genitore finchè non fu pronunciata contro di lui la privazione della potestà. Secondo il diritto svizzero è dunque giuridicamente impossibile privare il genitore dai diritti patrimoniali senza togliergli, in pari tempo, la potestà. Il C. C. S. per ragioni di semplicità, statuisce, in un certo senso, il principio della *inseparabilità degli attributi della potestà;* mentre invece il B. G. B., il C. c. fr. e il C. c. it. propendono piuttosto e in modo radicale, verso la *separabilità* degli attributi della potestà.

Il diritto tedesco conosce la possibilità di una privazione solo dell'amministrazione della sostanza senza la privazione della potestà. Questa privazione separata del diritto di amministrazione può essere limitata nel suo oggetto e nella sua durata. Col crescere in giudicato della dichiarazione di fallimento del padre, cessa per legge il suo diritto d'amministrazione (§ 1647). Il tribunale di tutela può inoltre privare il padre dell'amministrazione se questi non ottempera agli ordini datigli dall'autorità, o alle obbligazioni impostegli dalla legge: e qui viene espressamente accennato al dovere dell'erezione di un elenco sui beni del figlio alla morte della madre (B. G. B. §§. 1640 e 1670). Il fatto oggettivo della non esecuzione delle misure ordinate è sufficiente per giustificare la privazione, colpa non è presupposto necessario. Uguali misure valgono per la vedova detentrice della potestà; essa potrà liberamente rinunciare all'amministrazione (§ 1693). Se il padre venne privato, al

figlio viene nominato un tutore; se invece venne privata la madre, l'amministrazione passa all'assistente (Beistand) che allora diventa curatore (Pfleger).

Il diritto francese, a norma della legge del 6 aprile 1910, prevede, da parte del tribunale, una privazione separata dell'« administration légale » per causa grave (C. c. fr. 389 al. 9). Causa grave secondo il libero apprezzamento del giudice potrà consistere in gravi errori di gestione, atti di malversazione, dimenticanza prolungata dell'obbligo dell'impiego e di conversione ecc. L'amministrazione cessa per legge al coniuge superstite, tutore legale, pure in base alla norma che prevede l'esclusione della tutela per « coloro la cui gestione attesta incapacità o infedeltà » (C. c. fr. 444 n. 2); parimenti cessa per legge quando il genitore è interdetto, provvisto di consiglio giudiziario, in istato d'assenza, o privato della potestà.

Quando ci sono dei figli minorenni, il godimento dei prodotti si estingue inoltre se il coniuge superstite tralascia l'erezione di un inventario sui beni comuni (C. c. fr. 1442).

La vedova tutrice per rimaritarsi abbisogna dell'approvazione del consiglio famigliare: se non lo chiede, o non l'ha ottenuto perde la tutela. Se venne dal giudice pronunciata la privazione della sola amministrazione alla madre, il diritto viene deferito ad un administrateur permanent.

Il diritto italiano conosce pure la possibilità della privazione speciale e limitata dei soli diritti patrimoniali (C. c. it. 233).

Quasi tutte le *legislazioni cantonali* ammettevano il principio della separabilità — anche nella privazione — dei diritti sui beni e quelli sulla persona (Huber 448, 468 e pure 443).

Il C. C. S. rimane fermo nel suo principio: privazione dei diritti patrimoniali può avvenire solo colla privazione della potestà. Se dunque le misure dell'art. 297 al. 2 non sono più sufficienti, l'autorità dovrà decidersi di levare al genitore il diritto di amministrazione: ma per fare questo dovrà dichiararlo decaduto dalla potestà e prendere perciò le mosse dall'art. 285. La maggior parte degli autori ammette però, a ragione, che la privazione della potestà può essere pronunciata contro il genitore che ha abusato anche *unicamente* dei diritti sui beni in modo particolarmente grave: e questo perchè può essere reso facilmente in consonanza col « grave abuso della potestà » o colla « grave negligenza dei loro doveri » di cui si fa parola all'art. 285, il quale per potestà dei genitori intende comprensivamente

anche quella patrimoniale. Le condizioni per la privazione non devono interpretarsi solo limitate e ristrette alle norme dell'art. 285, ma con carattere più estensivo.

Abusi gravi sono p. es. il dissipare nel giuoco la sostanza del figlio, prodigalità, speculazione, l'intaccare il patrimonio del figlio indebitamente per i propri bisogni; non invece il fallimento semplice del genitore, magari senza colpa, ma naturalmente la bancarotta fraudolente. Nel caso di nuove nozze del coniuge superstite può, secondo l'articolo 286, essere nominato al figlio un tutore, col presupposto della privazione della potestà: questo è ammissibile solo quando lo richiedono le circostanze che stanno in nesso casuale col [5]) nuovo matrimonio. Potrà magari riuscire più opportuna l'applicazione delle misure dell'al. 2 dell'art. 297.

Con la privazione della potestà il genitore perde tutti i suoi diritti sulla persona e sui beni del figlio. La legge fa un'unica eccezione: se la privazione della potestà è pronunciata senza colpa del genitore, a questo rimane ancora, nei limiti legali, il diritto di godimento sulla sostanza del figlio [6]).

La privazione dell'amministrazione priva per legge il genitore anche da tutti i suoi diritti sulla persona del figlio, coll'immediato effetto di provocare la nomina di un tutore (art. 285, 2).

Trattandosi di un diritto personalissimo, per la privazione come per il ripristino del diritto d'amministrazione, inerente alla potestà, è riservato il ricorso al Tribunale federale.

---

[5]) Praxis Trib. fed. II, n. 103. Il T.F. aveva sottolineato che l'applicazione dell'art. 285 presuppone incapacità, indegnità assoluta del rispettivo coniuge nell'esercizio della potestà. I commentatori (Egger, art. 298 n. 1, Silbernagel, pag. 259) nell'applicazione dell'art. 298 hanno cercato di rallentare questa concezione troppo serrata.

[6]) Boll. Sten. 38, 761: Si pensi al caso, in cui a un padre che è divenuto malato di mente dopo la morte della madre viene tolta la potestà. In questo stato egli è rimesso, di solito, agli interessi della sostanza che è toccata al figlio dopo la morte della madre, per poter stentare la sua vita. Tanto necessaria è qui la privazione della potestà, altrettanto ingiustificata sarebbe la privazione del diritto di godimento, così che questa umana eccezione appare del tutto fondata.

Questo ordinamento legislativo che non ammette la possibilità di privare il genitore solo dei diritti patrimoniali, ma che esige, per questo, la privazione totale della potestà dei genitori, ha suscitato critiche vivacissime. E si è affermato come questa mancanza di plasticità della legge significa qui una sproporzione enorme, dato il caso, tra causa ed effetto, un eccesso di rigida severità nei confronti del detentore; si è detto il codice illogico ed inconseguente nella sua regolazione, qui così stretta e dura, altrove invece troppo larga [7]).

Questo principio è senz'altro da ritenersi non per il più felice ed opportuno: il legislatore non tiene conto del fatto che l'amministrazione dei beni richiede attitudini del tutto diverse da quelle per l'educazione della persona del figlio; mentre per le prime si richiedono qualità tecniche e finanziarie, per le seconde contano anzitutto le qualità morali e culturali. Un genitore vizioso potrà p. es. essere un ottimo amministratore, e per contro un detentore della potestà colto e virtuoso può essere amministratore del tutto incapace. La nostra legge fa credere di ritenere queste qualità e questi vizi sempre uniti: e dall'assenza di qualità amministrative trae le conseguenze come per la mancanza anche di quelle educative — deduzione che in realtà non si verifica sempre, perchè tra le attribuzioni personali e patrimoniali non esiste una interdipendenza così costante ed assoluta. Mentre il B. G. B., molto opportunamente, concede la privazione di solo quei diritti il cui esercizio pratico da parte del genitore si è manifestato insufficiente o biasimevole, il C. C. S. non conosce eccezioni: la privazione degli uni comporta necessariamente anche la privazione degli altri. Il testo della legge chiaro e preciso non permette inoltre alla giurisprudenza, su questo punto, alcuna sottigliezza di interpretazione o applicazione estensiva.

La mancanza, abbastanza sentita e deplorata, di una pubblicazione della privazione della potestà del genitore, per la sicurezza dei rapporti giuridici specialmente nell'interesse dei terzi è sostituita, nel caso del coniuge superstite, dalla nomina di un tutore al posto del genitore, la quale cosa viene nelle procedure cantonali, solitamente, resa di pubblica ragione.

---

[7]) Cfr. Maier, pag. 72 segg. Bindschedler, pag. 139.

§ 13. PRIVILEGIO DEI DIRITTI DEL FIGLIO

Per la protezione degli interessi patrimoniali del figlio la legge stabilisce un principio che riveste praticamente una rilevante importanza: i crediti del figlio verso il genitore godono, a norma dell'art. 301 C. C. S., il diritto di privilegio nella procedura di pignoramento o di fallimento contro lo stesso.

Il figlio minorenne non può da solo escutere il genitore, ma abbisogna, eventualmente, dell'opera di un curatore che gli viene dato dall'autorità tutoria. Già abbiamo visto come il fallimento del genitore non giustifica ancora, per sè, la privazione dell'amministrazione; solo la bancarotta fraudolente esige questa misura. Se però il fallimento semplice porta con sè, come avviene ordinariamente, pericolo per i beni del figlio, l'autorità è tenuta ad intervenire secondo le norme generali dell'art. 297. La legge concede inoltre sempre al figlio, nel caso di esecuzione o fallimento del genitore, un privilegio speciale, appunto perchè la sua sostanza, legata al genitore per l'amministrazione, può essere facilmente coinvolta e danneggiata.

L'art. 111 della L. E. F. prevede per il figlio il diritto di far valere le sue pretese in via di partecipazione al pignoramento, entro un termine di 40 giorni senza precedente esecuzione; l'art. 219 della stessa legge stabilisce il privilegio concorsuale dei crediti del figlio verso il genitore, e li colloca nella seconda classe della graduatoria. Entrambi questi diritti possono essere fatti valere solo durante il tempo dell'amministrazione del genitore, o nel termine di un anno dalla cessazione della stessa. Il privilegio vale anche per il risarcimento del danno emergente da una amministrazione indebita. Il figlio, fondandosi sul suo diritto, potrà rivendicare il suo patrimonio che ancora esiste in natura [1]).

Solitamente questi atti sono eseguiti dal curatore; la autorità tutoria è sempre autorizzata ad intervenire, all'occasione, immediatamente. Per facilitarla alcuni cantoni — completando la regolazione federale — prescrivono l'obbligo per l'ufficiale d'esecuzione di comunicare all'autorità tutoria i casi d'esecuzione iniziati contro il genitore. L'ufficio d'esecuzione deve anche tener calcolo delle dichiarazioni di partecipazione al pignoramento o di insinua-

---

[1]) Prof. Blumenstein: Handbuch des schweiz. Schuldbetreibungsrechts, Bern, 1911, pag. 686.

zione nel fallimento fatte dal figlio minorenne capace di discernimento: l'ufficio ne informa l'autorità tutoria la quale provvederà.

Le pretese che sono favorite da questo privilegio sono quelle esistenti dai rapporti tra genitore e figlio, sopratutto dai rapporti legali di amministrazione patrimoniale (C. C. S. art. 290).

Per la comunione prorogata, l'art. 233 al. 3 prescrive che, nel caso di fallimento del genitore o di pignoramento dei beni della comunione, i figli subentrano nei diritti del coniuge defunto: godono per questo dello stesso privilegio.

Già i romani conoscevano una ipoteca generale sul patrimonio del padre in favore del filius familiae per i suoi beni materni. Analogo istituto contempla anche il C. c. fr. art. 2121-2122 prescrivendo, a garanzia dei beni del figlio, una ipoteca generale sugli immobili del tutore (dunque anche del coniuge superstite detentore che è tutore legale).

Il diritto germanico (Deutsche Konkursordnung § 61 n. 5) riconosce pure per le pretese che sorgono dalla amministrazione patrimoniale legale il privilegio che colloca nella 5. classe. Questo diritto privilegiato deve essere fatto valere in giudizio, dentro o fuori il fallimento, entro due anni dalla fine dell'amministrazione.

Le legislazioni cantonali proteggevano pure, quasi tutte, i crediti del figlio con diritti di pegno o privilegio concorsuale analogo a quello della L. E. F., non sempre tuttavia nello stesso ordine di graduatoria.

§ 14. LA RESTITUZIONE

Secondo l'art. 299 al genitore è imposto l'obbligo, cessando la potestà, di consegnare la sostanza al figlio divenuto maggiorenne od al suo tutore a norma di un rendiconto.

La potestà del coniuge superstite cessa anzitutto col raggiungimento della maggiore età del figlio: questo avviene, nel caso normale, col compimento del 20.mo anno d'età, oppure se il figlio contrae un matrimonio valido ed inoppugnabile il quale (C. C. S. art. 14, 2) conferisce la maggiore età, inoltre colla regolare emancipazione (C. C. S. art. 16); la potestà parimenti cessa nel caso di morte o di dichiarazione di scomparsa sia del figlio, allora subentra ordinaria successione ereditaria, sia del genitore, per cui

al figlio viene nominato un tutore; altra causa di estinzione è l'adozione del figlio, ove la posizione giuridica si muta radicalmente, e i diritti e i doveri dei genitori passano all'adottante (C. C. S. art. 268, 2); uno dei casi principali di cessazione della potestà è quello della privazione della potestà a norma dell'art. 285. In tutti i casi suddetti la potestà del genitore cessa, e con essa cessano tutti i suoi diritti patrimoniali: subentra pertanto una situazione giuridica speciale onde la legge richiede la restituzione al figlio di quella sostanza, di quei beni patrimoniali che furono, fino allora, amministrati e goduti da altri.

La restituzione ha luogo « a norma di un rendiconto ». Se al figlio venne nominato un tutore (caso di privazione della potestà, di morte o dichiarazione di scomparsa del genitore), la restituzione avviene a lui, e tutto viene ufficialmente inventarizzato (C. C. S. art. 398); la misura delle responsabilità avverrà poi secondo le norme che esporremo precisamente nel prossimo capitolo: tenuto, al caso, all'eventuale risarcimento sarà il genitore o i di lui eredi. Se la restituzione avviene, come è il caso ordinario, al figlio divenuto maggiorenne, si fonda su di un rendiconto privato del genitore. Questo rendiconto deve essere allestito in modo chiaro e completo, così da mostrare colla maggiore evidenza e verità la situazione della sostanza al momento della restituzione, il modo dell'amministrazione e i motivi di una eventuale diminuzione; sarà al caso corredato dai necessari documenti giustificativi: fatture, quittanze ecc. Esso si estenderà alla sostanza e alle rendite dei beni liberi del figlio, richiamando, se ve ne furono, gli usi fatti dell'art. 272 al. 2. Il rendiconto al momento della consegna sarà eretto come un inventario, così che potrà venir confrontato con quello compilato al momento dell'assunzione dell'amministrazione, o con qualche comunicazione avvenuta in merito a rilevanti variazioni per la sostanza (C.C.S. art. 291). Diminuzioni o differenze, in quanto dipendenti da colpa, vengono risarcite dal detentore secondo le norme del prossimo paragrafo.

Il figlio maggiorenne, nelle sue relazioni col genitore, non esigerà, per lo più, un rendiconto scrupoloso e particolareggiato; questo invece lo farà inesorabilmente il tutore il quale avrà campo di confrontarlo con l'inventario dell'art. 398. Se sorgono delle contestazioni, allora i raffronti con tutti i documenti precedenti assumono capitale importanza, e nello stabilire la misura e l'estensione delle responsabilità si seguiranno le norme legali. Il figlio maggiorenne può, se vuole, continuare a lasciare al genitore superstite l'amministrazione dei suoi beni: la responsabilità viene

allora però non dal rapporto legale tra genitore e figlio, chiaro e preciso, ma sarà regolata dalle norme concernenti il mandato.

La restituzione propriamente detta avviene mediante la tradizione — formale — del possesso di quelle parti della sostanza suscettibili di possesso; la sua misura avviene in base alle norme dell'art. 300 C. C. S. Se il detentore si oppone ad una restituzione, questa può essere richiesta dal figlio, o dal suo legale rappresentante, in via giudiziaria, mediante l'azione rivendicatoria. Cessata la potestà, questo diritto si prescrive nel termine normale di 10 anni (C. O. 127), che comincia a decorrere dalla cessazione del rapporto di potestà (C.O. 134 n. 1). E' naturale però che il genitore è tenuto alla restituzione solo nel caso che non gli spettano sulla sostanza diritti di godimento per altri titoli p. es. di carattere successorio.

Analogo istituto conoscono il B. G. B. § 1682, il C. c. fr. (art. 389, nouv. § 11) e il C. c. it. (animus dell'art. 228 in fine).

§ 15. LA MISURA DELLE RESPONSABILITA'

Dobbiamo in questo ultimo capitolo stabilire con quali criteri deve venire eseguita la restituzione della sostanza al figlio, e precisare chi e come deve eventualmente rispondere.

Il tenore del vecchio proverbio giuridico: « Il bene del figlio non deve nè aumentare nè diminuire; esso è un bene di ferro » non può più oggi essere mantenuto alla lettera, ciò nonostante si può affermare che questo rimane, in linea di massima, il principio informatore di tutto il sistema delle responsabilità che sorgono dai rapporti patrimoniali tra genitore e figlio.

Di solito le responsabilità incomberanno, in prima linea, al genitore per le sue attività amministrative che ebbero come conseguenza, voluta o imprevista, danni o perdite nel patrimonio del figlio. Può anche darsi però una corresponsabilità, o una responsabilità a sè stante dell'autorità di tutela, in quanto questa non abbia corrisposto o corrisposto male ai diversi e difficili doveri che le sono imposti dalla legge anche magari in termini generali e piuttosto indeterminati, ma sempre con fini stabiliti precisi.

Sarà bene perciò considerare in due parti distinte queste due differenti speci di responsabilità: del coniuge superstite e dell'autorità tutoria.

I. GENITORE SUPERSTITE

La misura delle responsabilità del coniuge superstite in questo capitolo si limita unicamente alle *relazioni patrimoniali* tra genitore e figlio. Responsabilità molto difficili talvolta da determinare, ma poste tuttavia su di un piano più concreto ed oggettivo di quelle che sorgono dai rapporti personali tra genitore e figlio, che qui non si trattano.

Può darsi che al momento della restituzione la sostanza del figlio abbia *aumentato* di valore. In tale caso si deve distinguere: se l'aumento avvenne senza una attività speciale del genitore (salita dei corsi di carte valori, maggior valore di un immobile per il favorevole mercato, favorevole costruzione di strade, vicinanza di nuove stazioni), allora questo aumento di valore ricade nella sostanza del figlio, che ne ha legittimo diritto; nel caso invece che l'aumento è da attribuirsi ad una particolare attività del genitore, la quale sorpassa i limiti ordinari dell'amministrazione, allora l'aumento, il guadagno, il maggior ricavo corrispondente in caso d'alienazione appartiene al genitore.

Il caso per noi rilevante è però quello, ove si devono stabilire le eventuali responsabilità per il risarcimento che sorgono dalle perdite, dalle diminuzioni di valore che sono subentrate nel patrimonio del figlio.

Con un solo articolo la legge regola la misura di queste responsabilità: l'art. 300 C. C. S. porta, per la protezione degli interessi patrimoniali del figlio un contributo decisivo.

a) Principio generale

1. *Responsabilità comune.* - Art. 300 al. 1: « I genitori sono *responsabili* per la restituzione *come un usufruttuario* ».

Mentre in tutta la regolazione dei diritti patrimoniali del genitore il C. C. S. ha sempre cercato di mantenere ben distinti questi dall'usufrutto, per la misura delle responsabilità esso li sottopone come principio generale — riservate due espresse differenze —, in modo puro e semplice, alle regole ordinarie di responsabilità per l'usufrutto.

Nel delineare le responsabilità che sorgono dall'art. 300, breve e conciso, ci sarà di grande giovamento il riferirci all'analoga responsabilità che incombe al marito per i beni della moglie (C. C. S. art. 201): in certi casi, il paragone, per analogia, con quell'istituto sarà di conforto alle nostre affermazioni dottrinali.

Il diritto volgare e il diritto germanico (B.G.B. § 1664) stabilisce al genitore, nell'adempimento dei suoi doveri pa-

trimoniali col figlio, quella cura che egli impiega nelle sue proprie faccende: quam in suis rebus. L'art. 300 del C.C.S., applicando le regole dell'usufrutto (C. C. S. art. 752), rende il genitore responsabile per la perdita e la deteriorazione della sostanza, in quanto non provi che il danno si è verificato senza sua colpa: in linea di massima, perciò, la responsabilità del genitore si estende ad *ogni colpa,* coll'onere della prova per la discolpa. Qui subentra un aggravamento nella prova, per il fatto che la colpa, in caso di estinzione o diminuzione di valore, si presume. L'usufruttuario che contesta la sua responsabilità deve eliminare quella presunzione colla prova che il danno è avvenuto senza colpa, intenzione o negligente trascuratezza, da parte sua.

Per la perdita o il minor valore dei singoli oggetti del patrimonio del figlio, il genitore può essere reso responsabile, se ciò può essere attribuibile a una colpa qualunque nell'amministrazione: questo caso sarà dato p. es. tralasciando riparazioni necessarie per il mantenimento dei singoli oggetti, negligendo l'esecuzione nel far valere dei diritti spettanti al figlio, sfruttando con un eccessivo godimento beni della sostanza, non assicurando degli oggetti per i quali sarebbe stato tenuto secondo le loro qualità e circostanze ecc. In tutta la gestione si esige quella cura e quella applicazione che deve avere un ordinato amministratore, per il genitore: quam bonus paterfamilias [1]).

Se anche, secondo l'art. 300, la responsabilità del genitore è parificata a quella dell'usufruttuario, non segue ancora da ciò che ci sia colpa se non venne osservata una disposizione che presa particolarmente per l'usufrutto, ad esso solo dovrà venire applicata. Gmür (art. 201 n. 19)

---

[1]) Come esempi in cui la prova della discolpa è da accettarsi da parte della moglie, con esclusione della responsabilità del marito — esempi che possono analogamente applicarsi all'amministrazione del genitore — Gmür cita il caso di un debitore della moglie che fallisce, o di una carta valore apportata che diventa carta straccia, e pure se il contegno del marito è stato causa della diminuzione, ma se egli fu guidato dalla posata e seria considerazione del bene della famiglia, o degli interessi di pietà della moglie, o per il mantenimento della sostanza pericolante della moglie. Esiste invece una colpa imputabile se egli arrischiò i beni della moglie in impieghi speculativi, fuori del suo ordinario cerchio commerciale, della sua consueta sfera d'affari, oppure se non cercò di salvare, nel miglior modo possibile, i beni della moglie impiegati in luogo mal sicuro.

riconosce al marito, ciò che vale analogamente per il genitore, una libertà maggiore nell'esercizio dell'amministrazione che non il comune usufruttuario.

Per quanto poi riguarda il diritto di risarcimento che sorge, normalmente, dal danno causato dall'amministrazione colpevole, non c'è nessuna differenza se oggetto dell'amministrazione è un patrimonio del figlio separato per divisione, o una parte della proprietà comune.

Quando non è presente una colpa per la perdita o il deterioramento dei vari oggetti, non esiste alcuna responsabilità del genitore: così per perdite o mancanze dovute al caso fortuito, forza maggiore (fuoco, svalutazione, guerra), in quanto, ben inteso, non si possa provare che coll'uso di una maggiore diligenza o prudenza ciò poteva essere evitato; parimenti non è tenuto a risarcire il minor valore degli oggetti deteriorati dall'uso ordinario in forza della loro naturale destinazione (abiti, mobili, macchine), purchè questo non ecceda evidentemente la misura normale del loro impiego.

Responsabilità del genitore noi pure opiniamo essere esclusa [2]) nei casi ove un minor valore del patrimonio subentrò a causa del genitore, ma senza sua colpa: p. es. se il genitore prese delle misure che, in buona fede, gli apparvero richieste dal maggior bene dell'interesse del figlio, ma che poi non riuscirono o ebbero effetto del tutto contrario. Il figlio deve provare che il genitore ha ricevuto il determinato oggetto, e questi che a lui non incombe alcuna colpa.

Quando il patrimonio del figlio non può essere debitamente restituito, esiste in favore di questi una pretesa di risarcimento. Essa comprende il valore reale degli oggetti rovinati, oppure il minor valore che gli oggetti hanno sofferto durante il tempo del godimento: questo avverrà, per lo più, in denaro; se però le parti sono d'accordo il compenso può consistere nel procurare oggetti della medesima specie e qualità di quelli deteriorati. Le pretese del figlio di risarcimento dei danni per danneggiamenti al suo patrimonio possono essere fatte valere coll'assistenza di un curatore, durante il tempo della potestà (la quale sospende i termini di prescrizione), poi dal figlio stesso, quando è maggiorenne. Per speciale disposto di legge (C. C. S. articolo 754), i diritti del figlio per la perdita o minor valore

---

[2]) Cfr. pure l'opinione di Trüb, pag. 139.

delle cose che gli appartengono, come pure i diritti del genitore per le sue prestazioni straordinarie, si prescrivono col decorso di un anno dalla restituzione della cosa.

2. *Del quasiusufrutto.* - Sotto certe condizioni la responsabilità del genitore per l'amministrazione dei beni del figlio arriva più lontano: allora il genitore ha l'intero pericolo, porta tutto il rischio per perdita o diminuzione della sostanza, e il figlio riceve, per contro, rispettivo compenso. Questo ha luogo: se il genitore si è assunto *per contratto* una responsabilità maggiore, che va più in là della colpa — a cui è tenuto normalmente —, caso questo che si presenta assai raramente; oppure se dei beni patrimoniali del figlio sono passati *in proprietà* esclusiva del genitore: allora per la responsabilità vale il detto romano: damnum sentit dominus. Un tale passaggio di proprietà può avvenire anzitutto colla divisione ereditaria, quando, generalmente, vennero assegnati in proprietà al genitore tutti i valori ereditari presenti, e il figlio ottenne per ciò un titolo di credito in denaro corrispondente all'estensione della sua parte.

Sono insiti nel concetto di usufrutto due momenti costitutivi: primo, il diritto dell'usufruttuario al possesso, all'uso ed al godimento della cosa; secondo, il dovere dell'usufruttuario di non poter disporre della cosa in modo da intaccarne la sostanza: salva rerum substantia. Questa particolare natura giuridica si comprende dal fatto che la proprietà (nuda proprietas) della cosa rimane sempre al proprietario, non all'usufruttuario.

C'è però una figura speciale in questo istituto, alla quale pure corrisponde una responsabilità speciale: il *quasiusufrutto* (C. C. S. art. 772). Esso rappresenta una cessione fiduciaria di proprietà, e consiste essenzialmente nel trasferire non solo possesso, uso, godimento della cosa, ma anche la proprietà della stessa, così che l'autorizzato può poi usarla e consumarla a piacimento, ma è tenuto al risarcimento fino a concorrenza del valore che aveva al principio dell'usufrutto.

a) Salvo contraria disposizione, il quasiusufrutto (o usufrutto improprio) ha luogo, per legge, quando oggetto del rapporto giuridico sono *cose consumabili,* cose mobili la cui naturale determinazione consiste nel consumo o nell'alienazione. Cose consumabili nel senso suddetto vengono prodotte dalla letteratura giuridica [3]): combustibili e commestibili (cereali, vino, foraggi), denaro, banconote, fran-

[3]) Leemann, Komm. Art. 772 n. 5.

cobolli, titoli al portatore [4]), ma solo in quanto il loro scopo consiste nell'alienazione (pagamento); non sono invece comunemente considerati come cose consumabili il mobiglio, macchine, libri, e, parimenti, i valori di collocamento (Anlagewerte). Conformemente alle norme di responsabilità del quasiusufrutto — che valgono analogamente per il rapporto giuridico di godimento tra genitore e figlio — il genitore superstite, in caso di consumo di queste cose consumabili — che erano passate in sua proprietà — è tenuto, finito il rapporto, a risarcire il *valore reale* che avevano *all'inizio* del godimento, o a restituire oggetti della stessa specie e qualità di quelli non più esistenti in natura.

b) Oltre alle cose consumabili, il quasiusufrutto si estende anche a cose inconsumabili che vennero consegnate ed accettate dietro *valore di stima* (art. 772 al. 2). La norma di legge ha qui carattere dispositivo (« salvo patto contrario »). Lo stretto criterio di responsabilità che si annette al quasiusufrutto esige che il caso di cose consegnate dietro stima — il quale per il coniuge superstite assume un'importanza tutta speciale, dati i numerosi documenti che egli deve stendere — venga qui sottoposto a speciale discussione.

3. *Il valore della stima.* - Come già abbiamo visto nell'erezione dell'inventario privato dell'art. 291, in alcuni cantoni si prescrive direttamente, in altri è libero di produrre nel documento coll'elenco dei vari oggetti il loro valore di stima. D'altra parte questa formalità adempie alle condizioni per il rapporto di quasiusufrutto, colla sua stretta responsabilità. Se, dunque, l'inventario fu consegnato dietro stima sorge la domanda in caso di diminuzione di valore: deve il coniuge superstite, o i suoi eredi, rispondere nella *piena misura* (responsabilità casuale), o non è invece da tenersi conto, al momento della restituzione dei beni del figlio, che certe svalutazioni avvenute *non* sono da attri-

---

[4]) I titoli al portatore non sono, ordinariamente, per loro natura, cose fungibili, perchè destinati non a pagamento ma a collocamento di valori. Essi vengono considerati come cose fungibili, e passano perciò in proprietà del marito, quando vengono indicati solo nella specie e non individualizzati (Gmür, art. 201 n. 29). Leemann, art. 774 n. 29 parimenti opina che se le carte valori rappresentano valori di collocamento non sono da considerarsi come cose consumabili. Per denaro come cosa consumabile è da intendersi il denaro contante che fu consegnato al genitore, o che gli toccò coll'alienare oggetti del patrimonio, o coll'incasso di crediti, in quanto il ricavo non venne usato per acquistare un surrogato.

buire a *colpa* del genitore, e che perciò cade una sua totale responsabilità (cade cioè il suo dovere di risarcimento se ci fu divisione ereditaria, cade parimenti un diritto a compensi del figlio contro il coniuge nell'indivisione)? In altre parole ci si domanda: che valore ha la stima nell'inventario dell'art. 291 ? porta essa con sè la estrema, rigida responsabilità dell'art. 772, per cui, prescindendo da ogni e qualsiasi colpa, il genitore deve rispondere fino al valore della somma di stima, con responsabilità causale ?

Ad un tale inventario, compilato in modo privato e unilaterale, il quale è spesso superficiale, imperfetto ed incompleto, non si può equamente legare la conseguenza di così grande portata dell'art. 772, 2: della incondizionata responsabilità fino al valore di stima. Quell'articolo, infatti, presuppone che dipenda dalle parti se le cose stimate devono sottostare o meno alla libera disposizione dell'usufruttuario: non è perciò norma assoluta di diritto coattivo, ma solo prescrizione di legge con natura di carattere dispositivo; la legge (coll'art. 772) non costringe il passaggio della proprietà, mentre invece, nel caso del coniuge superstite, la facoltà di disposizione, con tutti i doveri che essa comporta, gli compete, come detentore della potestà, *già per legge,* dunque necessariamente. Pertanto, mentre l'usufrutto di disposizione (Dispositionsniessbrauch) dell'art. 772, 2 si basa su di un *accordo* di volontà delle parti, il quale emerge, in modo indiretto, dalla stima, dalla consegna, e dalla accettazione della cosa, e secondo cui il valore di stima deve essere decisivo per la restituzione, un tale, anche tacito, accordo di volontà manca nel nostro caso. Questo accordo, nel nostro caso, non è del resto assolutamente necessario, in quanto la facoltà di disposizione sui beni del figlio spetta al genitore non in forza del *godimento,* ma bensì in forza del suo *proprio diritto* generale di *amministrazione* sulla sostanza: nel modo, dunque, più normale.

Già poi abbiamo visto come non tutti i cantoni prescrivano come obbligatorio (senza, del resto, dare delle dilucidazioni più precise) il riferimento del valore di stima nell'inventario, in molti cantoni questa norma è del tutto facoltativa. Se ora al valore di stima si dovesse annettere una conseguenza della portata dell'art. 772, si avrebbero in molti cantoni delle misure di responsabilità di diritto civile molto più severe che non in altri. I cantoni non hanno questo diritto: questa materia è regolata sufficientemente dal diritto federale; essi potranno solamente emettere delle norme esplicative o d'ordine, e a queste norme potranno unire, al più, unicamente delle sanzioni amministrative.

L' inventario si basa, spesso, su di un rapporto di fiducia speciale. Il coniuge superstite al momento del suo allestimento non curerà nei minimi particolari i singoli valori di stima: i valori ufficiali di perequazione non sono sempre richiesti, oppure non esattamente conosciuti, nè sempre esatti. In molti casi il genitore si vedrà rimesso unicamente alle sue proprie forze, alla sua imperizia in fatto di stima e di contabilità. Sarebbe ora enorme, al momento della restituzione, il volerlo legare, in modo assoluto (responsabilità causale fino alla somma di stima), a quelle cifre, a quei valori precisi, che egli mai ritenne così strettamente impegnativi per lui, incompetente, che li aveva formulati [5]).

Questo punto di vista è confortato dal raffronto coll'art. 201 al. 2, il quale stabilisce che, nell'amministrazione dei beni della moglie da parte del marito, la responsabilità di questo non è aggravata dalla stima della sostanza della moglie risultante dall'inventario [6]).

Giustamente i commentatori osservano [7]): la responsabilità maritale nell'amministrazione dei beni della moglie, la quale è data, in linea di massima, solo se è presente *colpa,* non si trasforma per mezzo dell'inventario e della stima di questi beni in una responsabilità senza riserve. Non vediamo alcun motivo per accettare una responsabilità maggiore negli analoghi [8]) rapporti del coniuge superstite colla sostanza dei figli.

---

[5]) La stima riceve un significato speciale solo se è stabilita in un documento pubblico. Altrimenti il dovere di risarcimento si orienta unicamente verso il valore oggettivo al tempo dell'apporto, rispettivamente al tempo dell'alienazione o della perdita (Egger, art. 198 2a). Inventari e stime non compilati secondo le speciali cautele previste (atto pubblico) « non hanno veruna particolare importanza ». Per l'apprezzamento del loro valore probante fa stato il criterio libero del giudice (Gmür, art. 198 n. 8). La stima non ha l'effetto di trasferire la proprietà al marito (eccettuato il caso dell'art. 199). Id. id. 198 n. 9.

[6]) La responsabilità non viene aggravata dall'inventario con stima. In tale caso il marito non ha da restituire semplicemente l'importo della stima, ma questa costituisce solo una *presunzione* per l'estensione degli obblighi di risarcimento. (Gmür, art. 201 n. 22). E per una diminuzione non colposa serve di norma il ricavo della vendita.

[7]) Cfr. Gmür, art. 201 n. 22. Egger, art. 201 2 d.

[8]) La facoltà di godimento del marito si accosta massimamente al diritto di godimento dei genitori degli art. 299 segg. (Gmür, art. 201 n. 5).

Visto e considerato questo concludiamo che il valore della stima nell'inventario, o nei rapporti periodici, non è una norma di carattere impegnativo, che vincola il coniuge detentore con una responsabilità causale: ma invece il valore di stima è una *norma indicativa* che dà unicamente una presunzione della misura del risarcimento, presunzione dalla quale il genitore può sempre liberarsi producendo la prova della sua discolpa, con conseguente esonero d'ogni responsabilità. Solamente questo riteniamo possa essere il significato e il valore che, secondo giustizia ed equità, debba attribuirsi alla stima nell'inventario.

4. *Criteri della misura.* - Il coniuge superstite, riguardo agli oggetti del patrimonio del figlio può dunque essere reso responsabile solo per perdita o svalutazione colpevole, eccettuati il denaro contante e le cose consumabili, nel senso più sopra specificato (in quanto questi passano immediatamente in sua proprietà). Lo stesso vale anche per carte valori, e per nuovi impieghi che seguirono al posto di titoli svincolati o ripagati.

Per precisare le responsabilità devono perciò essere minuziosamente esaminate le singole operazioni e circostanze per stabilire se ed in quanto esista una colpa del genitore, e perciò tenerlo, eventualmente, al risarcimento: sempre considerando la sua posizione speciale di fronte al figlio, più autonoma ed indipendente, e la sua libertà di intraprendenza maggiore di quella del tutore col pupillo.

Si dovrà tener conto che al genitore è permesso l'impiego di denari, anche se questo non presenta proprio quella solida sicurezza che si richiede per i beni dei « pupilli » (Mündelsicherheit): ciò infatti non è contrario ad una amministrazione accurata (se il fine era p. es. quello di avere, con discreta sicurezza, una rendita un po' maggiore). Per giudicare equamente se, nel singolo caso, esista colpa o meno, si dovrà riportarsi idealmente al tempo in cui la determinata operazione venne eseguita, considerare i motivi che la cagionarono e forse, allora, la giustificarono. La questione circa l'esistenza di responsabilità non può essere risolta semplicemente con delle considerazioni retrospettive, quando si è già, di fatto, a conoscenza dell'esito della data operazione, ma si deve piuttosto supporsi nel tempo della esecuzione colle circostanze d'allora, forse generalmente ritenute, erroneamente, favorevoli (la svalutazione del marco tedesco, che portò in rovina seri e capaci istituti di credito, persone esperimentate, non può far presumere colpa in coloro che vi impiegarono del denaro; questo dovrebbe, secondo noi, valere anche per il coniuge superstite se si

trova in una tale congiuntura, benchè già l'impiego in valute estere, come tale, può, in certi casi, significare una imprevidenza).

Lo stesso vale in caso di diminuzione di valore di immobili: non si potrà attribuire colpa al genitore perchè egli non ha venduto l'immobile quando forse poteva ricavarne di più. Il non aver previsto l'andamento del mercato degli immobili non implica, normalmente, colpa; eccetto il caso, evidentemente, che tali diminuzioni siano dovute al comportamento del genitore stesso, e non invece al variare, imprevisto, del mercato degli immobili, o alla deteriorazione normale coll'uso.

b) Alienazioni in buona fede

Al principio generale che il genitore risponde per la restituzione come un usufruttuario viene fatta una prima eccezione dall'al. 2 dell'art. 300: per gli oggetti del patrimonio del figlio che vennero dal genitore alienati in buona fede, egli deve restituire il prezzo ricavato. A questo punto la responsabilità del genitore differisce profondamente da quella dell'usufruttuario ordinario: per il coniuge è assai più lieve; l'usufruttuario deve infatti, in ogni caso, risarcire il valore (C. C. S. art. 772) e non solo il ricavo della alienazione [9]).

La responsabilità del genitore è così limitata in tutti i casi dove si può provare la buona fede, quando egli riteneva l'alienazione come giustificata da una accurata amministrazione, o pure riteneva le condizioni contrattuali convenienti e profittevoli per gli interessi del figlio. La restituzione del prezzo ricavato, secondo il 2. capoverso dell'art. 300, deve avvenire indifferentemente tanto nel caso che il ricavo sia minore del suo valore reale, che è il momento più saliente, quanto in quello che esso sia superiore al valore della cosa alienata.

c) Spese debite per il figlio

La seconda importante eccezione al principio generale è che il genitore non deve alcun risarcimento per gli importi consumati, prelevandoli dalla sostanza del figlio entro i limiti dei suoi diritti, se questi vennero usati per l'educa-

---

[9]) Motivi (1, 243): Un risarcimento del valore come nel caso dell'usufrutto urterebbe contro il rapporto della potestà tra genitori e figli.

zione o il mantenimento del figlio stesso col consenso dell'autorità tutoria.

L'al. 3 dell'art. 300 non è che la logica conseguenza del diritto che, con chiara e precisa norma di legge, l'articolo *272, 2* concede ai genitori, nell'interesse del figlio e col previo consenso dell'autorità, se i godimenti della sostanza del figlio non sono sufficienti per i suoi bisogni, date certe particolari circostanze, già trattate più sopra [10]). Se in seguito le condizioni patrimoniali del genitore si sono così migliorate da far cadere i presupposti dell'articolo *272* al. *2*, non esiste pure alcun obbligo di risarcimento per gli importi prelevati prima nei limiti dei suoi diritti. Il genitore deve provare che anche l'impiego dei prelevamenti avvenne entro i limiti autorizzati.

Per le spese e le migliorie — a cui non era tenuto — fatte dal genitore coi suoi propri mezzi per il figlio, egli può richiedere, all'atto della restituzione il risarcimento come un gestore d'affari senza mandato (C.C.S. art. 753, 1), alla condizione che queste spese non siano comprese negli oneri giuridici che al genitore derivano dal suo rapporto di potestà, per i quali non gli spetta alcun diritto di risarcimento.

II. AUTORITA' TUTORIA

Non è nostro compito di trattare le responsabilità dell'autorità di tutela, che sorgono dal rapporto di potestà tra genitore e figlio. Ci limiteremo, pertanto, solo a quegli accenni generali della sua responsabilità, che ci sono utili per completare e chiudere il quadro del tema che ci siamo proposti.

L'autorità tutoria, come già vedemmo, ha il compito di un controllo continuo ed accurato sui diritti patrimoniali del coniuge superstite. La legge la vuole, in certo qual modo, far partecipare alla correttezza e alla legalità dei rapporti tra genitore e figlio. Se essa non adempie o adempie male a questi doveri, ne è parimenti responsabile dei possibili danni che possono sorgere. Nel caso concreto si deve poi stabilire se esiste una responsabilità sua propria, a sè stante, oppure una corresponsabilità col coniuge superstite o con terzi.

La responsabilità dell'autorità tutoria esiste nei limiti del diritto privato. Noi non vogliamo qui vedere a *chi* dell'autorità, o su quale delle autorità debba essere addos-

---

[10]) Cfr. pag. 27 e segg.

sata la responsabilità; a noi interessa *quando* si può parlare di una responsabilità dell'autorità tutoria. Decisivo è l'articolo 426 C. C. S.

Perchè sorga una responsabilità dell'autorità tutoria devono essere date e verificate le quattro condizioni costitutive l'obbligazione derivante da atto illecito: **1)** Deve essere realmente subentrato un *danno* materiale, cioè una diminuzione del patrimonio del figlio, che consiste nella differenza tra il patrimonio presente dello stesso e l'importo ipotetico — da accertarsi con calcolo — che questo patrimonio raggiungerebbe se non si fosse avverato il fatto dannoso. Qui si deve però nettamente distinguere tra l'accertamento del danno in sè e il calcolo del risarcimento: la misura del danno viene rimessa ai poteri discrezionali del giudice, che dovrà giudicare, nel caso concreto, con equo apprezzamento delle circostanze e della gravità della colpa (C. O. 43). **2)** Deve sussistere un *nesso causale* tra azione, fatto danneggiante e il danno stesso. Tra le varie teorie sul rapporto delle causalità è ormai qualificata dottrina dominante quella della causa adeguata, a norma della quale una perdita patrimoniale appare come conseguenza di un fatto e un fatto come causa di un effetto determinato, solo quando un tale fatto è, in generale, atto a far sorgere un tale effetto, e se un terzo, secondo la generale esperienza della vita e a conoscenza di tutte le circostanze, avesse potuto prevedere la possibilità di un simile danno [11]). Il giudice svizzero, nello stabilire nel singolo caso l'esistenza o meno del rapporto di causalità, agisce secondo ragione e senso giuridico (« mens juris ») con equo apprezzamento di tutte le circostanze [12]). La prova della causalità incombe al danneggiato. **3)** L'azione causa del danno deve essere *illecita*, con ciò è da intendersi « ogni violazione di diritti, di beni giuridici e di interessi giuridicamente protetti » (S.T.F. 32, II, 279). Nel nostro caso si avrà sempre azione illecita quando è provata una violazione dei doveri che incombono all'autorità, secondo la lettera o lo spirito della legge, per la sorveglianza dell'amministrazione patrimoniale [13]). **4)** Deve esserci *colpa* da parte dell'autorità

---

[11]) S.T.F. 57, II, 36 - 60, II, 416 - 61, II, 85.

[12]) Cfr. Guhl, pag. 45.

[13]) Delessert pag. 53: I cantoni hanno la facoltà (art. 425) di emanare ulteriori disposizioni regolamentari, direttive sulle attribuzioni dell'autorità di tutela nei punti non regolati dal legislatore federale. Queste vengono poi parificate alle norme del C.C.S., e la loro violazione implica violazione di un dovere imposto dalla legge sulle tutele.

tutoria. L'art. 426 statuisce per l'autorità tutoria una cura tutta speciale nella gestione del suo ufficio: esso prescrive quella cura che usa un diligente amministratore, o, come comunemente si dice, un buon padre di famiglia. Essa è responsabile per ogni specie, per ogni grado di colpa, non solo per dolo — conoscenza e volontà — e per colpa grave, ma anche per la colpa più leggera, cioè per omnis culpa (non solo per i danni che avrebbe dovuto prevedere, ma anche per quelli che avrebbe potuto prevedere). La colpa rappresenta in sè un errore, una debolezza di volontà che non è sempre dovuta ad intenzione ma può essere conseguenza di negligenza grave o leggera. Il giudice accerta questi principi in modo oggettivo domandandosi come un amministratore diligente, come un buon padre di famiglia si sarebbe comportato in quella situazione e con quelle circostanze che apportarono il danno. La colpa può consistere, ciò accadrà sovente nel nostro caso, anche in una omissione di misure speciali. L'autorità di tutela risponde, dunque, per culpa levis in abstracto [14]).

Così dall'art. 291 emerge per l'autorità tutoria il dovere di esaminare con cura l'esattezza formale e materiale dell'inventario, confrontandolo con inventari, contratti di divisione o altri documenti dei quali essa è, o potrebbe essere a conoscenza. Non solo si devono verificare i singoli oggetti patrimoniali, ma controllare la base dell'inventario colle prescrizioni di diritto patrimoniale e di diritto ereditario che devono essere applicate nel dato caso. Prendendo le mosse dall'inventario ordinerà, se lo ritiene necessario, e se non esistono già prescrizioni amministrative cantonali in merito, dei rapporti patrimoniali, fondandosi su quanto viene, in qualunque modo, a sua conoscenza.

Non è però sufficiente, nell'esame dell'inventario, di gradire e protocollare le dichiarazioni del coniuge superstite: non basta il classico « prender atto ». La pratica delle autorità di tutela è, in molti cantoni, orientata in questo comodo senso. Nonostante che la legge sia, in questo punto, sicuramente incompleta, tuttavia incombe all'autorità, nei limiti del possibile, un coscienzioso esame dell'inventario.

---

[14]) In modo preventivo l'autorità tutoria si copre, occasionalmente, dalle eventuali pretese di risarcimento, sorgenti dalla sua stretta responsabilità, per mezzo di una assicurazione, personale o collettiva, sulla responsabilità civile.

È un processo giudiziario potrebbe forse far pagar cara la leggerezza di una pratica o di una usanza negligente, che non attenua però la rigidità delle responsabilità.

Così Gautschi prospetta il caso in cui l'autorità potrebbe p. es. essere convenuta, con una azione di risarcimento dei danni, da un erede il quale afferma che in mancanza di un regolare inventario egli non può portare la prova del suo patrimonio ai suoi fratellastri o padrigni ecc., e da ciò ne risulta per lui un danno, che il giudice voglia, equamente, stabilire. Oppure si potrà osservare che con un inventario esatto l'autorità tutoria sarebbe stata in grado di prendere tempestivamente quelle misure patrimoniali protettive, che avrebbero impedita la perdita subentrata nella sostanza del figlio, e che essa non prese perchè colpevolmente all'oscuro della reale situazione economica emergente dall'inventario in modo insufficiente o inadeguato.

L'accertamento della colpa nel caso concreto costituirà per il giudice una cosa difficile, coi vaghi punti d'appoggio e di riferimento che dà la legge. Essa infatti, per principio, non vuole una collaborazione permanente dell'autorità col genitore ma solo una sorveglianza occasionale. Il fine — protezione dei beni — è molto preciso, ma con tali mezzi ci si domanda, a ragione, se realmente l'autorità tutoria è, se si può pretendere che sia sempre all'altezza del compito così difficile e delicato che le si pone [15]).

Le leggi od ordinanze cantonali non possono modificare i principî di responsabilità : come abbiamo visto, il C. C. S. statuisce già il « massimo » di responsabilità per l'autorità di tutela: una disposizione che volesse attenuarla sarebbe nulla, perchè contraria a diritto federale positivo. Le varie leggi cantonali sulla responsabilità dei funzionari o impiegati pubblici (Beamtengesetze) possono completare, precisare e chiarificare certi punti di questa, ma non possono derogare o abrogare norme di legge imperative contenute nel C. C. S. In questo senso esse devono essere tenute in considerazione.

□□□

[15]) Cfr. Bindschedler, pag. 160. Gautschi, pag 3. Maier, pag. 104. Gimmenthal dice per il B.G.B. una frase che vale pure così bene per il C.C.S. (Archiv für ziv. Praxis 104, pagina 426): « Ancora molto più di prima il B.G.B. richiede per rivestire la carica di tutore gli uomini migliori e più esperimentati della vita ».